



Centro Universitário de Brasília

Núcleo de Pesquisa e Monografia

MÁRIO MÁRCIO SIMÕES DE OLIVEIRA

**ESTUDO COMPARATIVO ENTRE A HERMENÊUTICA
JURÍDICA DE FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY E A
TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN**

**Brasília
2011**

MÁRIO MÁRCIO SIMÕES DE OLIVEIRA

**ESTUDO COMPARATIVO ENTRE A HERMENÊUTICA
JURÍDICA DE FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY E A
TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília

Orientador: Roberto Krauspenhar

**Brasília
2011**

RESUMO

Trata-se de estudo comparativo entre o pensamento de dois expoentes da filosofia do direito, que se posicionaram a respeito de questões relativas ao processo hermenêutico jurídico, com o objetivo de se identificar as semelhanças e diferenças existentes entre eles. Acredita-se que desse estudo de bases filosóficas, utilizando-se de um procedimento de pesquisa epistemológico, seja possível se repensar o direito a partir de uma análise estrutural, uma vez que a hermenêutica é uma atividade presente em toda e qualquer situação na qual haja a necessidade de se fazer a interligação entre sujeito e objeto, quer seja no processo de criação, quer seja no processo de aplicação do direito. A evolução histórica apresentada neste trabalho comprova que a metodologia de interpretação foi ganhando complexidade, o que demonstra que, diante da existência de normas cada vez mais abstratas, aumenta a necessidade de definição de sentidos para abarcar os diversos casos concretos aos quais a sociedade está submetida.

Palavras-chave: hermenêutica, interpretação, Friedrich Karl von Savigny, Hans Kelsen, *volksgeist*, Escola Histórica do Direito, vontade do legislador, espírito do povo, Teoria Pura do Direito, ciência do direito, moldura interpretativa.

SÚMARIO

INTRODUÇÃO	6
1 HERMENÊUTICA E COMPREENSÃO JURÍDICA	9
2 HERMENÊUTICA JURÍDICA TRADICIONAL	20
2.1 Escola da exegese	21
2.2 Crítica de François Geni	24
2.3 A escola histórica do direito	25
2.4 Jurisprudência dos conceitos e o formalismo jurídico alemão	29
2.5 Jurisprudência dos interesses	30
2.6 Movimento para o direito livre	31
2.7 O retorno ao formalismo com Hans Kelsen	32
3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL AUTÔNOMA E ENRAIZADA CONTRA AS ABSTRAÇÕES UNIVERSALISTAS - LEGADO DE SAVIGNY	37
4 A TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN	46
4.1 Introdução	46
4.2 Perspectiva epistemológica da teoria pura	47
4.3 Conceitos básicos da teoria pura	48
4.3.1 Sistema estático e dinâmico	48
4.3.2 Norma jurídica e proposição jurídica	49
4.3.3 Norma hipotética fundamental	50

4.3.4 Positivismo	51
4.4 Teoria da interpretação	53
4.5 Limites da teoria da interpretação	58
5 ESTUDO COMPARATIVO ENTRE A TEORIA DA INTERPRETAÇÃO DE SAVIGNY E A DE Kelsen	62
5.1 O positivismo jurídico extremado de Hans Kelsen	66
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

A escolha da filosofia do direito como referencial amplo encontra justificativa na crença de que é por meio do entendimento do conhecimento filosófico que se torna possível repensar o direito e propor a sua reformulação, inclusive, estrutural.

Já no que se refere especificamente à escolha do estudo da hermenêutica, a justificativa é o seu aspecto abrangente em relação à ciência do direito, afinal de contas, todas as normas que são editadas, em certa medida, estão sujeitas à interpretação. Portanto, entender como se dá esse processo e dominar os conceitos que deram origem e que hoje dão substrato à sua existência, configura-se como requisito basilar para o entendimento de todo o processo legislativo.

O presente trabalho de conclusão de curso se propõe a fazer um estudo comparativo entre a proposta hermenêutica de Friedrich Karl von Savigny e a de Hans Kelsen à luz da filosofia do direito.

Dessa forma, objetiva-se apresentar a importância dos métodos de interpretação dos textos normativos a partir da identificação dos pontos relevantes dentro das teorias interpretativas engendradas por Savigny e por Kelsen, confrontando-os, por fim, no que se referem às suas semelhanças e diferenças.

Na persecução desse objetivo, a metodologia a ser utilizada está pautada na linha de pesquisa da linguagem e interpretação jurídica, com a utilização específica da ferramenta de análise de textos que versem sobre as obras e a ideologia de Friedrich Karl Von Savigny e Hans Kelsen. A idéia central do trabalho é o confronto entre as propostas de interpretação idealizadas por esses dois jusfilósofos.

Conclui-se, portanto, que o método de abordagem a ser utilizado no presente trabalho será o dialético, pois, como foi dito, se dará por meio do confronto interno dentro das teorias hermenêuticas de Savigny e Kelsen, gerado, principalmente pela movimentação da sociedade ao longo da história.

No que se refere ao método de procedimento, optou-se em utilizar o histórico e o comparativo. Aquele método será utilizado no intuito da localização das

teorias no contexto histórico em que foram criadas e, o método comparativo, na análise das semelhanças e diferenças entre as duas correntes filosóficas.

Por fim, o procedimento de pesquisa a ser utilizado, por seu cunho teórico e filosófico, será o epistemológico.

O estudo está estruturado em cinco capítulos. No primeiro deles, busca-se fazer um levantamento histórico do estudo hermenêutico desde os tempos mais remotos até os dias atuais, com a intenção de apresentar a importância do processo de interpretação das normas no contexto filosófico e jurídico.

A seguir, são percorridas as escolas teóricas que marcaram cada momento do processo de evolução da hermenêutica jurídica, iniciando com a escola da exegese, que entendia que as soluções de todos os conflitos estariam abrangidas na lei, mais especificamente no Código Napoleônico, passando pela escola histórica do direito, cujo expoente é Friedrich Karl von Savigny, até o retorno ao formalismo com Hans Kelsen, quando formula a teoria pura do direito e a sua teoria interpretativa.

O capítulo três é dedicado à apresentação da teoria de interpretação formulada por Savigny dentro do contexto da escola histórica. São abordados os dois momentos do seu pensamento, o primeiro que entende que a interpretação deveria ser exclusivamente gramatical, num retorno filosófico à escola da exegese, e, o segundo momento, quando da construção do seu elemento unificador, o “espírito do povo” (*volksgeist*).

A teoria de interpretação de Kelsen é retratada no quarto capítulo, por meio de um apanhado geral da teoria pura do direito, da construção do conceito de moldura interpretativa, inclusive com a apresentação dos dois momentos distintos do seu pensamento, quando o jurista vienense passa a considerar a possibilidade de que a interpretação atribua à norma sentidos diversos daqueles delimitados inicialmente na moldura.

No quinto capítulo, faz-se o estudo comparativo propriamente dito das teorias de Savigny e de Kelsen. Nesse ponto, são abordados os pontos de convergência e de divergência mais relevantes dentro das duas propostas hermenêuticas.

Por fim, a conclusão procura apresentar uma síntese das conclusões parciais extraídas da análise crítica de cada uma das teorias e da conclusão feita a partir do estudo comparativo das duas propostas, tendo como desfecho sugestões para pesquisas posteriores.

1 HERMENÊUTICA E COMPREENSÃO JURÍDICA

Ao tentar remontar a origem etimológica da palavra hermenêutica, doutrinadores remetem o significado ao verbo grego *hermeneuein* que se associa à palavra interpretar.

Há quem atribua ao deus Hermes a origem da palavra hermenêutica, uma vez que, na mitologia grega, Hermes era “responsável pela mediação entre os deuses e os homens” (SOARES, 2010, p. 3). Era, portanto, “[...] o mensageiro predileto dos deuses: aquele que detém o conhecimento e que é capaz de decifrar corretamente as mensagens divinas”. (CAMARGO, 2003, p.14).

Essa associação entre a interpretação e as questões divinas foi sendo perpetuada com o passar dos séculos. Em parte isso se justifica pelo excessivo obscurantismo com que se tratavam as questões ligadas às crenças religiosas, à necessidade de se formar os dogmas de cada religião, onde se buscava mais a imposição de uma crença pela submissão do que pela compreensão. O limite dessa obscuridade das religiões se insere a própria existência dos dogmas, que seriam a fundamentação de uma religião, de cunho indiscutível, absoluto, definitivo, imutável, infalível, inquestionável e absolutamente seguro sobre o qual não pode pairar nenhuma dúvida.

Diante disso, o conceito de dogma se confunde com o de mistério o que, para Alexandre Araújo Costa (2008), poderia ser entendido como algo “[...] inacessível”, e que, por isso mesmo, “[...] dispensam interpretação” (COSTA, 2008, p. 11). Assim, se o mistério puder ser interpretado e compreendido, ele perderá a sua característica basilar, assim como ocorreria com os dogmas.

Para as demais questões relacionadas aos assuntos religiosos que ensejavam a possibilidade de compreensão, a interpretação encontrou um campo fértil no sentido de trazer a lume as questões outrora obscuras.

Perfilhado com esse conceito, Margarida Maria Lacombe Camargo (2003, p.19) define a interpretação como uma ação mediadora entre a compreensão

e o que foi dito ou escrito por alguém. Já Ricardo Maurício Freire Soares (2010, p.6), entende que a interpretação é uma técnica que procura transformar aquilo que se encontra obscuro em algo inteligível, ou seja, em algo que não ultrapasse a compreensão humana.

Muito antes de ser uma ferramenta utilizada na busca de uma delimitação semântica para um texto normativo, a hermenêutica acompanha a evolução humana desde o surgimento da linguagem, como afirma Ricardo Maurício Freire Soares:

Tudo o que é apreendido e representado pelo sujeito cognoscente depende de práticas interpretativas. Como o mundo vem à consciência pela palavra, e a linguagem é já a primeira interpretação, a hermenêutica torna-se inseparável da própria vida humana. (SOARES, 2010, p. 4).

Nessa mesma linha, Tércio Sampaio Ferraz Jr. procura tomar emprestada essa constatação da importância do processo hermenêutico para a sua aplicação ao texto normativo, admitindo que a interpretação é algo imanente à existência da própria norma, *in verbis*: “É hoje um postulado quase universal da ciência jurídica a tese de que não há norma sem interpretação, ou seja, toda norma é, pelo simples fato de ser posta, passível de interpretação.” (FERRAZ JR., 2006, p. 68). E complementa que “a Ciência do Direito, de modelo hermenêutico, tem por tarefa interpretar textos e suas intenções, tendo em vista uma finalidade prática” (FERRAZ JR., 2006, p. 73).

O método interpretativo mais adequado a ser utilizado pelo aplicador do direito depende da vertente ideológica que se pretende seguir. A definição, portanto, dessa corrente é de suma importância, pois é a partir dela que será possível se determinar a prevalência de uma abordagem em detrimento de outra e os limites desse método.

A evolução do processo hermenêutico ao longo dos tempos demonstra que este não teve a sua aplicabilidade de forma tão direta, ou seja, careceu de um processo de adaptação que teve grande aderência à própria definição do que seria a ciência do direito e as várias teses que foram postuladas. Inicialmente, a hermenêutica tinha um caráter amplo, técnico, era utilizada no

processo de busca semântica dentro dos estudos bíblicos e clássicos, passando, posteriormente, a abarcar também todas as demais formas de expressão humana.

No entanto, a sua característica técnica impedia que ela pudesse ser aplicada ao processo de interpretação jurídica. Houve, então, a necessidade de atribuição de um contorno filosófico ao cabedal hermenêutico, como uma forma de se permitir uma maior compreensão do direito, migrando de uma visão cientificista para uma mais historicizada.

Segundo Ricardo Maurício Freire Soares (2010), ao parafrasear Dilthey, cujas conseqüências hermenêuticas da historicidade são evidentes em toda a sua obra, sustenta que:

[...] os novos modelos de interpretação dos fenômenos humanos tinham que derivar das características da própria experiência vivida, baseando-se nas categorias de sentido e não nas categorias de poder, nas categorias de história e não das matemáticas. (SOARES, 2010, p. 8)

Foi diante desse cenário que Friedrich Schleiermacher (2009), considerado o fundador da hermenêutica moderna, propõe uma generalização do uso da hermenêutica, a partir do qual essa técnica passaria a servir de base de toda a hermenêutica especial. No seu entender, não havia sentido haver uma teoria de interpretação para cada tipo de discurso humano, e o seu esforço foi no sentido de criar uma única técnica de interpretação que poderia ser aplicada a qualquer tipo e forma de expressão humana, uma vez que o objetivo era o mesmo, qual seja, entender o sentido daquela expressão. A partir de então, a hermenêutica passa a abarcar todos os setores da expressão humana. Dessa forma, por conta dos esforços de Schleiermacher a “[...] hermenêutica tornou-se uma disciplina autônoma e adquiriu seus contornos atuais”. (COSTA, 2008, p. 82)

Essa unificação da hermenêutica não abarcou a ciência do direito, uma vez que, para Schleiermacher (2009), dado o seu caráter dogmático, o seu objetivo era diferente das hermenêuticas filológica e teleológica, pois buscava não a compreensão do texto, mas sim a extração de uma solução correta a ser aplicada a um caso concreto.

Há na ciência jurídica quem entenda que a interpretação se trata de uma ferramenta capaz de transformar algo duvidoso e obscuro em certo e conhecido, num claro entendimento de que o processo interpretativo não encontraria proficuidade na análise de questões que já tivessem seu entendimento pacífico, claro. É o que diz o brocardo *in claris cessat interpretatio*, ou seja, dispensa-se a interpretação quando o texto é claro. No entanto, o processo de interpretação envolve outras questões que não se encerram somente na revelação do sentido da lei ou de uma norma jurídica, interpretar também compreende fixar o seu alcance e descobrir a sua finalidade.

Para Schleiermacher (2009), todo o texto careceria de interpretação, e não somente aqueles que fossem obscuros, de onde o sentido não seria extraído de forma automática.

Antônio Bento Betioli, se alia à Schleiermacher quando defende que “a interpretação sempre é necessária, sejam obscuras ou claras as palavras da lei ou de qualquer outra norma jurídica.” (BETIOLI, 2008, p. 305). Segundo ele, isso se justifica por três razões: a relatividade do conceito de clareza, uma vez que aquilo que pode parecer óbvio para uma pessoa pode não ser para outra; as palavras podem ter um significado técnico diferente do popular; e, a necessidade de se atender ao que preceitua o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, ou seja, que a aplicação das leis vise atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, o que, por si só, já ensejaria a necessidade de interpretação para o correto atendimento ao referido dispositivo.

Friedrich Müller (2000) compactua com a questão da relatividade do conceito de clareza propugnado por Betioli (2008) ao defender a importância do processo de concretude da norma. Para ele, a norma jurídica carece da interpretação para que possa ser concretizada, aplicada. Nesse sentido, entende que uma norma pode parecer clara quando precisar ser aplicada a um caso concreto e, quando a mesma norma precisar ser aplicada a outro caso, pode se apresentar totalmente obscura.

Chaïm Perelman, em sua obra *Ética e Direito*, faz um registro semelhante ao defendido por Müller, ou seja, reconhece que uma norma pode

parecer clara se aplicada a uma determinada situação e obscura, caso seja aplicado a situações que saiam do comum. Além disso, para Perelman (2004), a norma poderá ser classificada como clara quando todas as interpretações possíveis de se extrair dela conduzirem a uma mesma solução.

Temos ainda Inocêncio Mártires Coelho (2007) que também refuta a idéia de que o trabalho interpretativo seria dispensável caso a norma já fosse clara *de per si*. Para ele, a interpretação é uma necessidade imanente a todos os textos jurídicos, não por uma questão de defeito na redação, mas pela própria natureza do direito, que deve ser sempre encarado como fruto de um contexto social e histórico e que, portanto, tem o seu dinamismo, uma vez que esses fatores podem sofrer significativas alterações, refletindo diretamente na forma de se interpretar determinada lei ou norma jurídica.

Já no que diz respeito a Schleiermacher (2009), este entende que o foco da hermenêutica é tanto o compreender o sentido do texto como o próprio pensamento do indivíduo que o criou. Dessa forma, segundo Ricardo Maurício Freire Soares (2010), a técnica seria a busca da intenção originária do autor com a criação da norma, ao que Schleiermacher classificou como interpretação psicológica, conforme excerto a seguir:

Caberia, assim, ao intérprete mapear as circunstâncias concretas que influenciaram a elaboração do texto, recriando a mente do autor de acordo com os influxos sociais que marcaram sua existência. (SOARES, 2010, p.7)

Alexandre Araújo Costa (2008) corrobora com Soares nesse entendimento, ou seja, que a interpretação buscava a compreensão do autor do texto, mas complementa que Schleiermacher afirmava que o processo de interpretação deveria ser ainda composto pela técnica de compreensão gramatical, que contemplaria a interpretação do sentido do texto em si.

A hermenêutica, para Schleiermacher (209), consistia num processo onde a busca imediata era pela compreensão de uma expressão lingüística e, somente posteriormente, pela interpretação.

Com a morte de Schleiermacher, a tentativa de construção de uma hermenêutica como um processo geral que serviria na busca da compreensão de todas as hermenêuticas especializadas, perde sua força.

Nesse contexto, a hermenêutica passa a ser entendida como uma técnica que busca a compreensão daquilo que não tem forma clara. O horizonte hermenêutico é, portanto, o da restituição de um texto, mais fundamentalmente de um sentido, considerado como perdido ou obscurecido.

Essa relação íntima entre a compreensão e a hermenêutica encontra respaldo na assertiva de Alexandre Araújo Costa, que diz: “[...] interpretamos para compreender o sentido” (COSTA, 2008, p. 13). Daí ser legítimo considerar que a compreensão é uma finalidade do processo hermenêutico. Já para Paul Ricoeur (2009) “a interpretação é um caso particular de compreensão. É a compreensão aplicada às expressões escritas da vida”. (RICOEUR, 2009, p. 104)

Margarida Maria Lacombe Camargo (2003) considera que o Direito compreende-se e não se explica. Essa compreensão, no seu entender, seria a ação que permitiria a aplicação aos casos concretos das normas abstratas e gerais contidas nos códigos.

Atahualpa Fernandez (2009) corrobora com esse entendimento, pois entende que não há possibilidade de separar a aplicação da compreensão, e vai além, ao considerar que a compreensão é sempre aplicação da norma ao caso concreto, o que implicaria dizer que:

- a) a tarefa da interpretação, como a forma explícita do compreender, consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação a uma concreta realidade e na particular situação do intérprete;
- b) a aplicação não é um “ato” complementar ou uma etapa derradeira e eventual do fenômeno da compreensão, mas um elemento que a determina desde o princípio e no seu conjunto;
- c) afinal, a interpretação (jurídica) de um texto e sua aplicação a um caso concreto não são dois atos separados e estanques, senão um processo unitário, um continuum, compondo uma indivisível e solidária unidade metodológica. (FERNANDEZ, 2009, p.97)

Na esteira desse entendimento, Alexandre Araújo Costa (2008) revela que, em que pese haver na hermenêutica moderna uma oposição entre a interpretação e a aplicação, uma vez que para alguns teóricos os objetivos dessas atividades são diferentes, os juristas não têm esse mesmo entendimento, já que visualizam que há entre as duas uma relação de prevalência da primeira em relação a segunda, ou até mesmo uma decorrência da segunda por conta da primeira, ou seja, a busca da compreensão do sentido abstrato resultaria na fixação de um sentido concreto, a ser aplicado no caso específico por meio da sentença.

A hermenêutica filosófica moderna entende que não há mais essa primazia da interpretação sobre a aplicação, donde redundam a idéia da “co-relação circular entre interpretação e aplicação” (COSTA, 2008, p. 15), que pode ser entendida como a existência de uma complementariedade entre as duas atividades, onde uma decorreria da outra, pois fazem parte de um mesmo processo de compreensão.

Do exposto entende-se que a interpretação não pode estar desvinculada da aplicação. Nesse sentido, Margarida Maria Lacombe Camargo (2003) entende que a argumentação é a técnica utilizada para viabilizar a interpretação, ou seja, é o instrumental utilizado para se buscar, dentre as interpretações possíveis, aquele significado que seja o mais apropriado aos interesses do intérprete. Assim, nas palavras de Margarida Maria Lacombe Camargo: “[...] o direito consiste na realização de uma prática que envolve o método hermenêutico da compreensão e a técnica argumentativa” (CAMARGO, 2003, p. 22).

Antônio Bento Betioli corrobora com esse entendimento ao apresentar, dentro do conceito de hermenêutica jurídica, o entendimento de que esta se trata “de uma teoria científica da arte de interpretar, aplicar e integrar o direito”. (BETIOLI, 2008, p. 303). No entender do autor, o direito, de fato, existe para ser aplicado e, para tanto, precisa ser interpretado para, dessa forma, poder se extrair dele o significado que melhor se adéqüe ao caso concreto que esteja em questão. Além disso, a hermenêutica também teria como finalidade a integração do direito, ou seja, seria a responsável pelo preenchimento das lacunas que por ventura se apresentassem nas leis.

Diante do exposto é possível se depurar que as normas, por serem dotadas de generalidade e abstração, carecem de interpretação para, a partir daí, serem aplicadas, uma vez que só somos capazes de aplicar aquilo que compreendemos.

Ainda na perspectiva da evolução histórica da hermenêutica, a descoberta do chamado *Corpus Iuris Civilis* ensejou um esforço dos glosadores da Universidade de Bolonha no sentido de tentar compreender essas leis romanas com a finalidade de aplicá-las à prática medieval da época.

Com o advento do romantismo e do renascimento, surge o historicismo, ou seja, a busca pelo significado original dos textos, ou, como bem definiu Margarida Maria Lacombe Camargo,

[...] sob a influência do historicismo, a hermenêutica abandona o aspecto puramente exegético, na medida em que é reconhecida a necessidade de se interpretarem tanto as circunstâncias históricas que ensejaram a criação de um texto quanto as circunstâncias que determinam a sua posterior utilização. (CAMARGO, 2003, p. 28)

É a partir desse momento que a hermenêutica e a interpretação passam a ter significados distintos, onde aquela, agora, passa a se importar com os métodos específicos do fazer interpretativo. A partir de então, a hermenêutica ganha o status de ciência, merecendo a atenção da filosofia e da teoria do conhecimento.

Nesse compasso, o professor Hans-Georg Gadamer (1993 apud CAMARGO, 2003) confirma o entendimento de que a preocupação da hermenêutica é com a compreensão, ou seja, com o próprio acontecimento interpretativo, e não com a elaboração de métodos que possibilitarão uma interpretação.

Conforme aponta Margarida Maria Lacombe Camargo, no período compreendido entre o renascimento e a modernidade, “[...] a História deixa de orquestrar o conhecimento” (CAMARGO, 2003, p. 36), no momento em que o indivíduo passa a ter uma nova consciência crítica. Nesse cenário, a consciência moderna passa a assumir uma postura reflexiva com relação ao que lhe é apresentado pela tradição. Assim, a interpretação não consiste mais em unicamente traduzir os textos escritos no passado, mas em questioná-los, permitindo assim uma valoração entre o contexto em que a norma foi proposta e a realidade em que o

intérprete está inserido. Para Gadamer, “esse comportamento reflexivo diante da tradição chama-se interpretação” (Gadamer apud CAMARGO, 2003, fls. 37).

Nesse contexto, em que começam a ganhar destaque os métodos interpretativos histórico, gramatical, sistemático e lógico, surge a Escola Histórica do Direito, cujo um dos expoentes é Friedrich Karl von Savigny, que declara que “ [...] da jurisprudência, muitos aspectos não podem ser compreendidos sem um certo conhecimento histórico prévio.” (SAVIGNY, 2001, p. 28). Conforme apontado por Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2006), a teoria defendida por Savigny entende, num primeiro momento, que o processo interpretativo tinha o condão de apresentar o sentido literal da lei.

Essa posição encontra respaldo nas palavras de Isaac Reis: “Nesse primeiro momento, Frederich Karl Von Savigny está preocupado com a apreensão do conteúdo textual da lei, devido ao que a problemática da interpretação se restringe à busca de um método cuja aplicação faça emergir tal significado”. (REIS, 2002, p.15).

Assim, não caberia ao intérprete, na sua tarefa, ampliar ou restringir o significado expresso na norma, mas, tão somente, reproduzir o sentido do texto normativo, sob pena de infiltração de um erro no sistema, *in verbis*: “Mas existe outra maneira para infiltrar um erro no sistema: a de uma operação formal, acidental, quando o sistema deve ser completado pela mera forma ou quando é muito amplo e algo deve ser retirado dele.” (SAVIGNY, 2001, p. 40).

Como resultado de um processo evolutivo dentro da própria ideologia de Frederich Karl Von Savigny, a sua teoria passou a buscar o sentido que pudesse ser “útil e determinante”, defendendo que, para tanto, os intérpretes “se colocam mentalmente no ponto de vista do legislador e repetem artificialmente a sua atividade, engendrando, conseqüentemente, a lei de novo no seu pensamento.” (SAVIGNY apud REIS, 2002, p. 16, tradução nossa).

Savigny então deixa de lado a preocupação interpretativa com a vontade do legislador e passa o foco para a comum convicção jurídica do povo, quando procura reconhecer a importância das práticas cotidianas empreendidas

pelos cidadãos como origem e fundamento do direito, o que gera a elaboração jurídica por parte do legislador. Para Isaac Reis (2002), o amadurecimento do pensamento de Frederich Karl Von Savigny culmina com a sua chegada ao conceito de “espírito do povo”, *volksgeist*. Com essa idéia, a teoria hermenêutica de Savigny manteve a sua unidade e sistematicidade, pois todos os princípios adviriam do “espírito do povo”, ou, nas palavras de Isaac Reis: “O “espírito do povo”, como abstração, funciona como elemento unificador, como princípio geral do qual podem ser deduzidos os demais princípios”. (REIS, 2002, p. 16)

A partir desse momento, o próprio pensamento de Savigny se desvincula da historicidade, representando o ponto de inflexão na sua metodologia interpretativa defendida ao longo de sua história, conforme se depreende do registro de Isaac Reis: “Envolta pela aparência de irracionalidade do *Volksgeist*, a teoria hermenêutica de Savigny deixa de conferir à historicidade uma fundamentação material”. (REIS, 2002, p.16).

Já no que se refere à teoria interpretativa de Kelsen, Isaac Reis (2002) alerta que o conceito de purificação do direito está erroneamente atribuído ao jusfilósofo vienense. No seu entender, Kelsen procurou fazer uma distinção entre direito e ciência do direito, dando a este um caráter de purificação, ao defender o seu isolamento de influências políticas, éticas, religiosas, psicológicas, históricas etc. Buscava, dessa forma, comprovar se seria possível se fazer uma abordagem estritamente científica do direito.

Nas palavras de Isaac Reis:

É mister desde logo ressaltar que Kelsen não buscava purificar o Direito, uma vez que tinha plena consciência da multiplicidade de perspectivas teóricas a partir das quais o fenômeno jurídico poderia ser abordado. Preocupava-se mais em conhecer e definir o objeto da ciência jurídica, ou, noutras palavras, com a resposta à pergunta sobre como é possível fazer uma abordagem estritamente jurídica (científica) do Direito. (REIS, 2002, p. 17)

E complementa afirmando que “a exposição de motivos de Hans Kelsen vem declarada logo no início de sua Teoria Pura: “libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental”. (REIS, 2002, p. 17).

Ademais, a teoria de Kelsen entende que o processo hermenêutico é endógeno, ou seja, a aplicação de uma norma inferior deve encontrar seu embasamento em uma norma de escalão superior, não se permitindo a influência de qualquer aspecto subjetivo, sociológico ou cultural.

Já no que se refere à hermenêutica jurídica de Savigny, a liberdade do aplicador do direito é mais ampla, uma vez que, pelo seu viés sistêmico, é permitida a influência de aspectos externos, o que enriqueceria a possibilidade de escolha semântica a ser atribuída ao texto normativo.

Além da flagrante diferença entre as duas teorias, no que diz respeito à liberdade de interpretação dada ao intérprete, Isaac Reis (2002) indica uma outra forma de se contrapor o pensamento de Savigny com o de Kelsen: “Se se quer contrapor a posição de Savigny à teoria kelseniana, deve-se buscar uma síntese que, a um só tempo, resuma o pensamento do primeiro e funcione com critério de oposição à obra do mestre de Viena”. (REIS, 2002, p. 16).

2 HERMENÊUTICA JURÍDICA TRADICIONAL

A origem da hermenêutica jurídica está centrada na dicotomia entre legislador e juiz. Inicialmente, havia uma nítida separação entre as tarefas desempenhadas por ambos, quando o primeiro era responsável somente pela elaboração das leis, e ao segundo era dada a mera atribuição de aplicador das normas editadas pelo legislador.

A criação da lei era encarada como um processo eminentemente político, tendo em vista a forma de escolha dos membros do poder legislativo. Enquanto que aos juízes, por fazerem parte de um corpo técnico, caberia somente aplicar as leis emanadas pelo legislativo.

A necessidade de que não houvesse possibilidade de interpretação das leis emanadas do órgão legislativo encontra a sua origem na situação histórica da época, ou seja, no final do absolutismo e início das revoluções burguesas. O direito assumia um caráter meramente declarativo exatamente para evitar que a atuação dos juízes se desse de forma parcial e arbitrária em favor da nobreza. Assim nos apresenta Arnaldo Bastos Santos Neto (2009) ao afirmar que

a luta contra o absolutismo era também uma luta contra o arbítrio dos juízes do antigo regime. Porém, contra o absolutismo do monarca, os revolucionários franceses propõem o dogma do absolutismo da lei. (SANTOS NETO, 2009, p. 42).

E essa concepção se espalhou pela Europa, quando a subordinação ao texto da lei chegou a um ponto em que a interpretação só poderia ser feita pelo próprio legislador, cabendo aos juízes, aplicadores das leis, somente a tarefa de promover o silogismo da subsunção, que seria a técnica por meio da qual se buscava aplicar a lei ao caso concreto utilizando-se uma premissa maior, que pode ser compreendida como a norma positivada, uma premissa menor, que é a conduta do indivíduo, que pode ser contrária ou de acordo com a premissa maior, e a conclusão, ou conseqüência, que seria a imposição ou não de uma sanção de acordo com a conduta praticada.

Para ilustrar essa metodologia, onde caberia ao aplicador do direito somente a tarefa de identificar a lei que melhor se aplica ao caso concreto e, a partir daí, subsumi-lo a ela, Cláudio Pereira de Souza Neto afirma que,

“na interpretação, o aplicador da lei não deveria perquirir o sentido assumido no caso concreto, mas tão somente identificar, através da análise de literalidade da norma, o sentido que lhe quis imprimir o legislador”. (SOUZA NETO apud SANTOS NETO, 2009, p. 44).

Foi nesse cenário de positivismo extremado, potencializado por meio do surgimento do Código Civil Francês, intitulado Código Napoleônico, que começa a tomar vulto a escola da exegese.

2.1 Escola da exegese

A Escola da Exegese surge juntamente com o Código Civil Francês, um sistema de normas que, segundo Camargo (2003), foi capaz de uniformizar o direito.

Com o surgimento do Código Napoleônico, acreditava-se que todas as relações humanas estariam abrangidas pela lei, ou seja, lá se encontraria a resposta para todos os conflitos, de forma que caberia ao intérprete somente a reprodução do que estava previsto no Código. Assim, não havia liberdade interpretativa para o judiciário, restando, tão-somente, a aplicação direta conforme os termos da lei. Nas palavras de Laurent: “os códigos não deixam nada ao arbítrio do intérprete; este não tem por missão fazer o direito. O direito está feito”. (BONNECASE apud CAMARGO, 2003, p. 66).

Assim, o entendimento da época era o de que a interpretação do juiz poderia desfigurar a real vontade do legislador. Criava-se, dessa forma, uma subordinação do trabalho dos juízes, ou seja, dos intérpretes, ao que estivesse positivado nos códigos, adotando uma visão reducionista da sociedade, sem se considerar a mutação pela qual o homem passa e que determina a necessidade de uma análise mais sistêmica, mais ampla, do sentido posto pela lei. Evidencia-se, portanto, que a subordinação da interpretação aos termos da lei termina por olvidar a complexidade da sociedade e da diversidade de relações existentes entre os homens.

Raimundo Bezerra Falcão (2010) corrobora com a literalidade estreita defendida pela escola da exegese, conforme se depreende do excerto de seu livro:

As mentes inclinam-se por um literalismo tão extremado que à prática da interpretação só resta a obediência àquilo que na lei se diz, em coro, que se inscreveu.

É a lei onisciente. Onicompreensiva, Onipresente. Onipotente. (FALCÃO, 2010, p. 156)

Sucessora da escola científica, a escola da exegese, ao revés, não primava pela busca livre da interpretação das normas, mas sim, por uma interpretação passiva do Código Civil Napoleônico.

Para essa escola, os métodos interpretativos aplicáveis seriam o gramatical e o sistemático.

Em parte, o sucesso da escola exegética se deveu à falta de complexidade da sociedade, o que perpetuou o Código Napoleônico por longa data, uma vez que não havia novos anseios da sociedade e, todos os institutos que já existiam encontravam albergue na referida codificação.

Camargo (2003), ao citar Julien Bonnecase, autor do livro *L'École de l'Exégèse en Droit Civil*, destaca duas principais características dessa escola: o apego à literalidade do texto e a estatalidade, tendo em vista a importância exacerbada dada ao papel do legislador no processo de criação da lei, o que Bonnecase classificou como “a onipotência jurídica do legislador” (BONNECASE apud CAMARGO, 2003, p. 68), o que dá ao Estado uma posição absoluta tanto na elaboração como na interpretação e aplicação da lei ao caso concreto.

Ilustrativamente, há que se destacar as experiências ocorridas na Prússia e na Áustria, que, por meio de normas, determinavam os limites interpretativos dos juízes. Outro exemplo emblemático é o da França em 1970, quando defende a aplicação literal da lei, não permitindo, portanto, ao Judiciário se imiscuir na esfera do Poder Legislativo, sob pena de infração à separação dos poderes.

Já para Bobbio (2006), são cinco os pontos que ensejaram o surgimento da escola da exegese.

O primeiro diz respeito à própria existência da codificação. Nesse sentido, parece óbvio que o método interpretativo calcado na total submissão ao Código tem seu advento de forma até natural, uma vez que é menos trabalhoso se encontrar as soluções para determinadas questões dentro do próprio Código, sem a necessidade de se recorrer a outras fontes do Direito como as analogias, os princípios gerais de direito ou, até mesmo, os costumes.

Para Bobbio (2006), o segundo ponto diz respeito ao princípio da autoridade, ou seja, à necessidade que os legisladores têm de submeter os interpretes e operadores do Direito à vontade expressa do legislador, de modo que cabe àqueles somente aterem-se ao que a autoridade soberana ditar.

O terceiro ponto refere-se à doutrina da separação dos poderes, ou seja, o desenho do Estado moderno no qual as suas funções fundamentais são distribuídas de forma clara entre cada um dos poderes, judiciário, legislativo e executivo. Assim, caberia a cada um uma atividade específica, sendo inadmissível um se imiscuir na esfera do outro, de modo que a atividade de criação do direito seria engendrada somente pelo legislativo, e nunca pelo judiciário.

O quarto ponto está centrado no que Bobbio (2006) classificou como “o princípio da certeza do direito” (BOBBIO, 2006, p. 79). A idéia fulcral aqui é a de que a certeza do direito só pode ser considerada por meio da existência de uma codificação estável, o que permitirá que as questões controvertidas possam ser resolvidas com a simples aplicação das leis codificadas, sem haver a necessidade de utilização de outros critérios. Esse ponto guarda total aderência com o primeiro ponto apresentado. A respeito disso, Bobbio contribui:

[...] a exigência da segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito, através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei. (BOBBIO, 2006, p. 80).

O último ponto diz respeito a uma intervenção artificial, de cunho meramente político, exercida pelo regime napoleônico, e que determinou que as

chamadas Escolas de Direito enveredassem exclusivamente para o direito positivo, abandonando as concepções jusnaturalistas.

Fundador da Escola Histórica do Direito e que, portanto, se contrapunha à Escola da Exegese, Savigny (BOBBIO, 2006) entendia que essa total submissão da aplicação do direito à letra da lei impedia a evolução natural do direito, uma vez que negligenciava as mutações pelas quais passam as civilizações e suas relações internas e externas e que necessitariam de um direito mais orgânico, que pudesse se transformar ao longo do tempo, acompanhando a própria evolução da sociedade, adaptando as leis a esse novo contexto a partir da interpretação. No entanto, esse pensamento foi sendo amadurecido, uma vez que, antes de 1814, Savigny corroborava com a primazia da lei, por entender que a interpretação serviria somente para mostrar aquilo que a lei diz, ou seja, serviria somente para determinar o sentido literal da lei. Ao longo desse trabalho, veremos que essa concepção de Savigny teve uma alteração após o ano de 1814.

A teoria da interpretação formulada por Kelsen, conforme será visto mais adiante, também critica a Escola da Exegese e se perfilha com a Escola do Direito Livre. Para o jurista vienense, não haveria como, num processo de aplicação do direito, o juiz se isentar da atividade interpretativa da lei e se submeter exclusivamente a um processo silológico donde extrairia somente uma única solução correta. Para Kelsen, deveria ser atribuído um grau de discricionariedade ao juiz que lhe possibilitasse, dentro do conjunto de possíveis sentidos atribuídos às normas, escolher aquele que melhor pudesse ser aplicado ao caso concreto.

2.2 A crítica de François GénY

Em meio à objetividade extremada da Escola Exegética, François GénY se encarregou de demonstrar que, na prática, o trabalho de aplicação da lei ao caso concreto não era tão cartesiano quanto se imaginava, tendo em vista que, por vezes, os juízes se deparavam com situações de lacunas, ou seja, ocasiões em que não havia uma regra geral que poderia ser utilizada para resolver um determinado fato.

François Gény não propunha com a sua teoria renegar totalmente os pressupostos da Escola da Exegese, mas procurava ir além, ou seja, reconhecia que a lei era a principal fonte do direito, portanto, antes de se passar para qualquer outro método, na busca pela solução para o fato apresentado deveriam ser esgotadas todas as possibilidades dentro do direito positivo. No entanto, nos casos em que se verificasse que a lei não era suficiente para atender aos anseios da sociedade e as mudanças pelas quais esta vinha passando, seria necessário se utilizar os costumes e a livre investigação do direito.

Na sua concepção, essa nova sistemática buscava resolver o problema das lacunas utilizando-se de fontes legítimas, uma vez que seriam originárias dos próprios costumes e valores existentes na sociedade.

2.3 A escola histórica do direito

Nascida num momento histórico de transformação cultural contra a filosofia das luzes, a escola histórica do direito se pautava na crença de que a razão não teria os amplos poderes conferidos pelo Iluminismo, mas, ao invés disso, ela deveria dar lugar às manifestações espontâneas oriundas da realidade da sociedade.

Essa bandeira anti-racionalista, que alimentou uma crítica radical ao direito natural, propondo a sua dessacralização, amadureceu as instituições jurídicas a recepcionar, posteriormente, o positivismo jurídico.

A origem da escola histórica remonta ao período no qual a Alemanha ainda não havia feito a opção pela formulação de um Código Civil devido, principalmente, a sua fragmentação político-territorial.

Em certa medida, conforme assevera Margarida Maria Lacombe Camargo (2003), essa aparente desvantagem da Alemanha em relação aos demais países da Europa Ocidental permitiu que os alemães práticos e teóricos do direito buscassem a interpretação a partir das antigas leis romanas, notadamente o *Corpus Iuris Civilis*, a fim de “[...] estabelecer uma consonância entre a lei romana e os costumes locais de origem germânica, buscando naquela as instituições jurídicas ainda existentes”. (CAMARGO, 2003, p.75)

Pode-se atribuir a Gustavo Hugo o pioneirismo na publicação de uma obra com contorno nitidamente historicista, uma vez que criticava a idéia de que o direito natural fosse algo concebido de forma auto-suficiente, devendo passar a ser compreendido como um “[...] conjunto de considerações filosóficas sobre o próprio direito positivo”. (BOBBIO, 2006, p. 46)

É nessa época em que surge a clássica divergência entre Savigny e Thibaut, quando este defendia a necessidade de uma codificação, nos moldes do que existia na França, e, Savigny, ao revés, defendia a tese de uma unificação do direito não por meio de um código, mas sim por meio de “[...] uma ciência orgânica e progressiva comum a toda a nação.” (BOBBIO, 2006, p. 75)

Propugnava Savigny por um direito mais flexível às mutações da sociedade, principalmente àquelas que se referem a elementos culturais como a língua, os costumes e a religião. Chegava-se, dessa forma, a um conceito de “direito vivo”, no qual, entende Savigny, o legislador deveria atuar de forma a diminuir as incertezas oriundas dos costumes, o que permitiria a elaboração de leis que preservassem a pureza que é a vontade efetiva do povo.

Consiste aí a diferença fulcral entre a unificação do direito pela codificação, conforme defendida por Thibaut, e pela ciência orgânica, conforme teoria de Savigny. A codificação seria uma unificação de elementos e a ciência orgânica, como o próprio termo já sugere, seria um “[...] conjunto de institutos jurídicos que habita a consciência do povo.”(BOBBIO, 2006, p.78).

Nasce, assim, o conceito de *Volksgeist*, ou seja, o espírito do povo, a comum convicção jurídica do povo, de Savigny. Por essa construção teórica, Savigny entende que a convicção é resultado de um sentimento e intuição imediatos, e o seu objeto seriam as “relações de vida”. Seria, portanto, dessas relações de vida, “organizadas como uma ordem jurídica vinculante”, que seriam constituídos os chamados “institutos jurídicos” a serem convertidos na origem e no fundamento de toda a evolução do Direito. Esses institutos jurídicos seriam plenos de sentidos, e, por serem mutáveis com o tempo, já que se refeririam a relações humanas consideradas como típicas, não poderiam ser expostos pelo somatório das

normas que lhe dizem respeito. Não são as regras que lhe dão fundamento, mas, ao contrário, as regras deverão ser compreendidas pela intuição do instituto jurídico.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. comunga do mesmo entendimento ao afirmar que esses institutos jurídicos possuem sua natureza orgânica, por se tratarem de um “[...] conjunto vivo de elementos em constante desenvolvimento”. (FERRAZ JR., 2009, p.28)

A organicidade apregoada por Savigny como devendo ser uma das características dos institutos jurídicos, refere-se “[...] ao caráter complexo e produtivo do pensamento conceitual da ciência jurídica”. (FERRAZ JR., 2009, p. 29)

Nesse diapasão, em que pese o fato de Savigny atribuir algum destaque ou predileção às fontes históricas romanas, propugnava pelo reconhecimento da equidade dos valores e da autonomia de cada época dentro do processo de pesquisa histórica do direito.

A escola histórica, por fim, por reconhecer a historicidade do direito, acaba por elaborar um método de interpretação histórico-evolutivo, no qual se pretendia extrair, de dentro da lei, a vontade do legislador. Para isso, o intérprete deveria “[...] colocar-se no lugar do legislador, deixando fruir em si o espírito do povo, que reclamaria a aplicação daquela lei, ainda que em outro momento, por meio do recurso a técnicas específicas”. (FERRAZ JR., 2009, p. 29)

Para Norberto Bobbio (2006), são cinco as características fundamentais do historicismo, que acabam por contrapor o racionalismo.

A primeira delas, segundo o jurista, é que o historicismo procurava considerar o homem de forma individualizada, respeitando as variedades de características de cada um. Ao contrário do que propugnava o romantismo, que via o homem como um ser igual, imutável, ou seja, considerava o homem de forma abstrata. Para o historicismo, portanto, o direito seria um produto da história, ou seja, mutável com o tempo, com o lugar, de acordo com a variedade do homem.

Uma segunda característica, conforme Bobbio (2006), é a questão da irracionalidade da história, ou seja, uma vez que o historicismo, conforme

relatado anteriormente, reconhece que há uma variedade de homens conforme a raça ou o período histórico, por exemplo, conseqüentemente também deverá entender que a história é formada pela confluência das variadas paixões de cada um desses homens, além do impulso, do sentimento. Assim, ao contrário do que pensavam os apoiadores do romantismo, não há como se considerar a história como um processo cartesiano, racional, mas, por estar sujeito a atuação dos mais variados tipos de homem, a história se torna algo imprevisível e misto.

Na sequência, como terceira característica, Bobbio (2006) afirma que o historicismo segue por um viés de “pessimismo antropológico”. Assim, ao contrário do romantismo, que tinha uma visão mais otimista do mundo por acreditar que com o uso da razão o homem poderia melhorar o mundo, o historicismo, na visão do jurista, não acreditava nessa possibilidade de transformação do mundo por meio da razão, ao contrário, por sua carga pessimista, entendia que a história é uma contínua tragédia.

Nasce desse aspecto a resistência à codificação, conforme exposto anteriormente. Na exposição de Bobbio: “Assim, a escola histórica se opõe (...) ao projeto de codificar o direito germânico, julgando não apropriada à civilização e ao povo alemães a cristalização do direito numa única coletânea legislativa.” (BOBBIO, 2006, p. 52)

A penúltima característica versa sobre a questão do amor ao passado que os historicistas cultivavam. Os historicistas tinham grande predileção por civilizações passadas e pelas sociedades primitivas. Para Bobbio (2006), uma divergência emblemática entre os historicistas e os racionalistas residia, basicamente, no que se refere à idade média: para o primeiro grupo, a civilização que viveu na era medieval se traduziu em algo extremamente humano. Já os racionalistas, tendo em vista a sua origem iluminista, entendiam que a era medieval refletiu uma época obscura e bárbara.

Por fim, como última característica do historicismo apontada por Bobbio (2006), vem “o amor pela tradição”, que é uma predileção pelas instituições e os costumes existentes na sociedade. Esse interesse, conforme expõe Bobbio (2006), chegaria a tal ponto que os filósofos adeptos do historicismo acreditavam

que aquilo que fora consagrado pelo tempo, pela história, se transformaria em um direito até mesmo sem que este tenha sido legitimado pelos meios legislativos. Assim, segundo o entendimento acima, um direito poderia ser legitimado pelo simples fato de ter sido acolhido pelos usos e costumes de uma sociedade, tamanha a importância dada a esses institutos, o que representa uma nítida inversão no que diz respeito à clássica relação de supremacia do direito positivado, a lei, sobre o direito natural, o costume.

Essa característica traduz nitidamente o conceito de *Volksggeist* sugerido por Savigny, pois o costume pode ser entendido como um direito que traduz a vontade do povo, ou melhor, o espírito do povo.

Ademais, há que se destacar que a escola histórica não buscava localizar o direito dentro da história, mas sim compreender como o direito tem a sua essência dada pela História, como a sua formação pode ser determinada pela influência das instituições históricas, pela tradição. Savigny, dessa forma, procurou aproximar o Direito da História.

Essas técnicas específicas, conforme pontua Margarida Maria Lacombe Camargo (2003), seriam os elementos gramatical, lógico, histórico e sistêmico.

2.4 Jurisprudência dos conceitos e o formalismo jurídico alemão

A origem do formalismo alemão pode ser atribuída à evolução da escola histórica, principalmente à vontade de se criar um direito científico, conforme propunha Savigny. Para esse filósofo alemão, seriam três as fontes do direito: o direito popular, o direito científico e o direito legislativo. O direito popular seria atribuído àquelas sociedades ainda em formação; o científico seria utilizado pelas sociedades mais modernas, desenvolvidas; já a terceira fonte seria peculiar nas sociedades em decadência. Assim, como se considerava que a ciência jurídica na Alemanha estava em franca decadência, a única forma de se inverter essa tendência seria voltar ao direito científico. Nasce daí a proposta de Savigny.

Aliado ao exposto, os pandectistas propõem a utilização de conceitos extraídos dos institutos do direito romano os quais poderiam ser aplicados em diferentes épocas e locais.

Como expoentes dessa escola destacam-se Rudolf Von Jhering e Puchta (CAMARGO, 2003). O primeiro defende a tese da universalidade da ciência do direito, no sentido de que este se valeria de métodos próprios e que teriam validade em qualquer ordenamento jurídico, o que corrobora com aquela proposta do pandectistas. (CAMARGO, 2003).

Já o segundo, Puchta, que era discípulo de Savigny, elabora um método denominado Jurisprudência dos Conceitos, por meio do qual seria possível se criar e interpretar o direito. Assim, para Puchta, a busca dos conceitos, conforme propunham os pandectistas, deveria seguir um método lógico-indutivo e lógico-dedutivo, ou seja, primeiro, por indução, se chegava aos princípios, e, depois, por meio da dedução, se localizava o conceito mais apropriado a ser aplicado. (CAMARGO, 2003).

Seria por meio da utilização desses conceitos que as relações jurídicas ganhariam segurança, pois perderiam sua ambigüidade.

2.5 Jurisprudência dos interesses

Como contraponto ao método da Jurisprudência dos Conceitos elaborado por Puchta, surge a Jurisprudência dos Interesses, que tem como um dos principais expoentes Philipp Heck. (CAMARGO, 2003).

Para Heck, não seria correto afirmar que o direito fosse formado por conceitos, mas sim por fins ou valores fundamentados na necessidade ou no interesse. (CAMARGO, 2003).

Pelo método da Jurisprudência dos interesses, os comandos legais, segundo afirmava Heck, são produtos do interesse. Nesse contexto, os juizes seriam considerados criadores no sentido de que sua atividade procurava aproximar os interesses do legislador, traduzidos na lei, dos interesses da lide que estava sendo julgada.

O direito para Heck teria dois interesses, o de tutelar os interesses coletivos, que são assegurados por lei, e aqueles individuais, que são protegidos pela sentença prolatada pelo juiz. (CAMARGO, 2003).

A interpretação da lei seria uma espécie de “explicitação de causas”, onde seria necessário se descobrir não a vontade do legislador, mas sim as causas que de deram ensejo à criação daquela lei, somente assim seria possível se explicar os efeitos do comando normativo.

A Jurisprudência dos Interesses entendia que os interesses coletivos, ou seja, aqueles de ordem geral, devem estar acima dos interesses individuais, devendo, portanto, este se submeter àquele. No entanto, propugnava a idéia de que o juiz não deveria se prender ao que estava escrito na lei, mas, ao contrário, deveria se valer da interpretação de forma a ajustar o que estava previsto na lei com os interesses das partes litigantes.

Segundo Heck, a existência das lacunas deveria ser combatida com a utilização, por parte do juiz, de uma “tarefa de ordem axiológica”. (CAMARGO, 2003, p. 97).

2.6 Movimento para o direito livre

Como o próprio nome sugere, o movimento do direito livre pressupõe, a princípio, a idéia de que o direito não deveria se pautar na submissão cega à vontade do legislador. Ao contrário, o direito deveria buscar considerar “os fatos sociais que deram origem e condicionam o litígio, a ordem interna das associações humanas, assim como os valores que orientam a moral e os costumes”, conforme asseverou Camargo (2003, p. 98)

Verifica-se por meio do exposto que o movimento do direito livre propunha uma visão mais sistêmica das fontes do direito, uma vez que acreditava que a convicção do juiz se dava por meio da soma de uma pluralidade de eventos que não poderiam ser olvidados.

A partir da divulgação das idéias de Eugen Ehrlich, considerado o precursor do movimento, surgiram vários outros filósofos, dentre eles Herman

Kantorowicz, que defendia basicamente a idéia da predileção do direito espontâneo sobre o direito advindo do Estado, ou seja, nascido do legislador. Daí redonda a idéia de que o direito nascido espontaneamente teria maior legitimidade, além do que seria conhecido mais largamente pela sociedade. (CAMARGO, 2003).

Buscava, dessa forma, tentar sincronizar o direito, considerado estagnado, à uma sociedade em constante transformação, uma vez que o movimento do direito livre entendia que a atividade jurisdicional compreendia um compromisso com a justiça e não com as leis, o que justificava o fato de que o juiz pudesse formar a sua convicção por meio de outras fontes que não exclusivamente a lei.

2.7 O retorno ao formalismo com Hans Kelsen

Kelsen propõe, a partir da sua Teoria Pura do Direito, uma purificação da ciência do direito, no sentido de torná-la mais objetiva, alheia a interferências de cunho moral, político ou social, elementos típicos das ciências naturais.

Adentra-se, então, na discussão acerca da idéia de purificação do direito, conceito erroneamente atribuído ao filósofo vienense, uma vez que a sua metodologia fazia uma distinção entre direito e ciência do direito, considerando-os dois planos distintos e incomunicáveis. Assim, buscava a purificação do objeto da ciência do direito, isolando-o de influências políticas, éticas, religiosas, psicológicas, históricas etc, delimitando-o como sendo somente o direito positivo, a norma, ao mesmo tempo em que reconhecia a impossibilidade e inevitabilidade da complexidade do mundo em si. Procurava, dessa forma, tentar responder se é possível se fazer uma abordagem estritamente científica do Direito.

Para Kelsen, interpretar significa dar sentido às normas visando a sua aplicação, ou seja, o processo de interpretação estava intimamente relacionado com a finalidade de aplicação da norma.

Kelsen distingue dois tipos de interpretação: aquela realizada pelo próprio legislador, também chamada de autêntica, e outra realizada pelo aplicador do direito, especialmente pelo cientista do direito, denominada não autêntica.

A partir dessa distinção é que se extrai os pontos estruturantes do modelo de interpretação da norma proposto por Kelsen: por um lado, a idéia de que a interpretação com vistas a aplicação encontra-se entregue à decisão e subjetividade do aplicador, contaminada por valores meta-jurídicos; por outro lado, o reconhecimento de que a polissemia das palavras leva à variedade de sentidos da norma, possibilitando que esta tenha uma interpretação muitas vezes distante da vontade original do legislador, ou então, apresentando essa vontade como uma dentre os vários sentidos possíveis. Surge daí o conceito de moldura criado por Kelsen, como sendo o limite dentro do qual a aplicação da norma pode ser extraída.

Nas palavras de Kelsen, a idéia de moldura seria:

O Direito a aplicar forma, em todas essas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. (1998 apud REIS, 2002).

Desse conceito deriva o caráter híbrido da interpretação na concepção de Kelsen, ou seja, dada a sua intenção de não atribuir um valor intrínseco ao texto normativo, a liberdade que o interprete passa a ter na sua função se resume a conjugação de dois atos, um de conhecimento e outro de vontade.

No primeiro caso, cabe ao interprete a mera identificação das possibilidades de interpretação contidas na moldura. Já no segundo caso, o intérprete, munido de sua vontade, escolhe, dentre as opções possíveis, aquela que deverá ser aplicada na criação de uma nova norma.

A construção da idéia da moldura tem o fito de marcar um ponto de partida para o processo hermenêutico impedindo assim que o aplicador do Direito inicie a sua função com o ato de vontade, preterindo o ato de conhecimento, que deverá vir em primeiro lugar.

Para Kelsen, não é verdade a assertiva de que a aplicação da norma ao caso concreto é capaz de fornecer, em todas as hipóteses, uma única solução correta. Para ele, os métodos de interpretação levariam a uma solução apenas possível, mas nunca a única solução correta, conforme o excerto:

[...] a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a

várias soluções que (...) têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo. (KELSEN, 1998, p. 390).

No entender de Kelsen (1998), o fato de trabalhar com uma norma sem validade como matéria-prima, tem efeitos diversos no trabalho do cientista do direito e do aplicador do direito: para aquele, a invalidade de uma norma gera a falsidade de sua assertiva; já no caso do aplicador do direito, dado o caráter vinculante que a sua atividade enseja, a invalidade gera a inexistência da norma criada.

No intuito de diferenciar a interpretação jurídica dos demais tipos de interpretação, Kelsen afirma que a tônica dessa diferenciação é a necessidade de que o resultado interpretativo do intérprete gere resultados objetivos, eficazes, num tempo exíguo e de forma fundamentada, resultando essas em limitações ao trabalho de interpretação do criador de direito.

O conceito de moldura formulado por Kelsen (REIS, 2002) apresenta duas zonas distintas de liberdade de interpretação que estão vinculadas a um ato de vontade e não de conhecimento. A primeira delas se refere àquela formada pelo espaço de incidência normativa, ou seja, está situada para além da moldura e esta é que funciona como um “filtro de juridicidade (validade)” (REIS, 2002, p. 23), consistiram nas normas de moral, de justiça e juízos de valor sociais. A segunda zona é classificada por Kelsen como aquela que se encontra inserida na moldura, ela compreende os diversos significados possíveis da norma “cuja importância e validade são idênticas e indiferentes, do ponto de vista de uma ciência do direito”. (REIS, 2002, p. 23)

Kelsen (REIS, 2002) conclui que é esse ato de vontade o que diferencia a interpretação jurídica das demais interpretações, sobretudo da que é feita pelo cientista do direito, por que, no caso da interpretação autêntica, o processo culmina com a geração de uma norma, de um Direito. Ao contrário, a interpretação feita pelo cientista do direito limita-se a descrever a norma, ou, nas palavras de Isaac Reis, é “[...] pura determinação cognoscitiva de sentido das normas; descrição, nunca prescrição”. (REIS, 2002, p. 23).

A hermenêutica histórica de Savigny é criticada por Kelsen (REIS, 2002) no sentido em que este reconhece, ao revés daquela escola, que ao cientista

do direito cabe o papel de mostrar ao legislador que a aplicação do direito não se torna uma atividade segura pela atribuição de uma única interpretação correta, e completa que nenhum método de interpretação leva a um único resultado correto, mas sim a um resultado possível.

Para o jurista Tércio Sampaio Ferraz Jr. (REIS, 2002), o ato de interpretar consiste em uma violência simbólica, ou seja, na imposição de uma única significação como legítima. Dessa forma, interpretar é entendido como um ato de poder, poder criativo e não de opressão, como salienta Ferraz Jr. (REIS, 2002), que faz com que o intérprete encontre, dentro da plurivocidade da norma, aquele significado que melhor atenda à solução daquele caso concreto. Nesse diapasão, interpretar seria fazer com que o “[...] receptor acredite estar agindo por sua própria conta”. (FERRAZ JR. apud REIS, 2002, p. 25)

A atividade hermenêutica é entendida por meio da utilização de métodos que levariam não a “[...] um sinônimo para o símbolo normativo” (REIS, 2002, p. 25), mas à utilização de paráfrases que resultariam na reformulação do texto com vistas a uma melhor adaptação a uma situação de maior conveniência. Nesse cenário, o texto não é eliminado, mas adaptado por meio de um ato de violência simbólica.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. (REIS, 2002) propõe uma análise crítica da hermenêutica jurídica que deve estar perfilhada com os seguintes princípios: “a) o princípio da inegabilidade dos pontos de partida, segundo o qual é preciso que haja um sentido básico e b) o princípio da proibição do *non liquet*, que impõe ao julgador o dever de julgar”. (FERRAZ JR. apud REIS, 2002, p. 24)

O processo de interpretação é algo intrínseco à atividade humana, pois, uma vez que a linguagem serve de ligação entre o mundo e o humano, ela tende a ser aberta e, por conta disso, está suscetível à inexatidão, a um entendimento parcial, lacunoso, sem uma “relação necessária e universal entre os signos e os seus significados respectivos”. (REIS, 2002, p. 26).

O método de busca do sentido por meio da descoberta da vontade do emissor apresenta limitações, pois, muitas vezes, é impossível se relacionar o emissor com o seu ato de fala, cabendo tão-somente ao interprete dialogar com a ausência.

Diante dessa carência é que é possível ao intérprete atuar, reunindo o que o autor chama de denúncia e comprometimento, que seria a denúncia do idealismo que, escondido sob o véu da neutralidade, acaba por legitimar as relações de dominação sob a égide de uma ordem jurídica hegemônica. Complementarmente, o termo comprometimento refere-se à busca da desmistificação científica, o que resultaria num real vislumbre do ato hermenêutico como questionador da tradição.

Nesse contexto, a hermenêutica supera a sua configuração moderna e passa a ser entendida como um processo plural que só se torna possível graças à integração do intérprete com as suas experiências concretas e com a época histórica em que a decisão se impõe.

Apesar de Kelsen defender a constituição de uma cientificidade para o direito, afastou qualquer possibilidade de interpretação do sistema por meio dos recursos construídos pela dogmática. Para Kelsen, a busca pela significação da norma jurídica está relacionada com a política, ou melhor dizendo, com o poder, não no sentido de opressão, mas de poder criativo.

3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL AUTÔNOMA E ENRAIZADA CONTRA ABSTRAÇÕES UNIVERSALISTAS – LEGADO DE SAVIGNY

A Escola Histórica compreende não apenas o direito como história, mas também a ciência jurídica como histórica.

O advento do historicismo no pensamento alemão remonta do fim do século XVIII e início do XIX, conforme data Flávio Elias Riche (2007). Essa época pode ser caracterizada como de “valorização da tradição, do sentimento e da sensibilidade, em lugar da razão, incapaz de tudo gerar”. (RICHE, 2007).

O positivismo alemão, do qual a escola histórica se originou, diferenciava-se do positivismo britânico e do francês no sentido de que, em relação ao primeiro, rejeitava as teorias fundadas no empirismo britânico, e por outro lado, no que diz respeito ao segundo, não aceitava o jusracionalismo francês.

A crítica de Savigny ao empirismo britânico foi apresentada no seu livro *Da vocação do nosso século para a legislação e para a ciência do direito*, quando rechaçou a idéia de que o direito fosse um comando emanado do soberano para, em seu lugar, entender que o direito tinha origem nos usos e costumes.

La síntese de esta opinión es que todo derecho tiene su origen en aquellos usos y costumbres, a las cuales por asentimiento universal se suele dar, aunque no con gran exactitud, el nombre de Derecho consuetudinario; esto es, que el derecho se CREA primero por las costumbres y las creencias populares, y luego por la jurisprudencia; siempre, por tanto, en virtud de una fuerza interior, y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador (SAVIGNY, 1977, p. 48).

Para a Escola Histórica do Direito, da qual Savigny foi o expoente, a principal fonte do direito era o costume. Assim, nas palavras de Alexandre Araújo Costa, “o direito não deve provir da vontade dos governantes, mas da consciência jurídica da população, e a legislação codificada é entendida como uma construção fundada em um ideal abstrato de perfeição” (COSTA, 2011), donde redundou o conceito de *volksgeist*, ou o espírito do povo.

José Carlos Moreira da Silva Filho, Lara Oleques de Almeida e Daniela Origuella, em seu artigo intitulado *Ensino do direito e hermenêutica Jurídica*: entre a abordagem metodológica e a viragem lingüística, corroboram com o entendimento de que o direito, para Savigny, tem suas origens nos costumes, além de ser resultado da influência de várias épocas.

O direito estudado por Savigny (1878) era um direito histórico formado pelo aluvião das interpretações do *Corpus Iuris Civilis* ao longo de muitos séculos e pelo costume jurídico, um direito que continha influências de várias épocas, portanto. (FILHO, ALMEIDA e ORIGUELLA, 2004, p. 13).

Nesse contexto, Flávio Elias Riche (2007) entende que o Direito deixou de ser considerado um mero produto da razão humana, passando a ser um processo histórico e espontâneo de cada povo. Assim, o Direito buscava explicar não só o passado, mas, a partir dele, procurava entender o presente e projetar visões para o futuro.

Para Wieacker (1967), no entanto, ao se destacar que a escola histórica tem o condão de renovação do direito positivo, não há dúvida de que a retroação da ciência do direito na história deve se limitar ao presente, sem se considerar as “[...] abstracções do jusracionalismo ou pelos comandos dos legisladores iluministas”. (WIEACKER, 1967, p. 403).

De caráter eminentemente anti-iluminista, por desconsiderar pura e simplesmente a razão humana como fonte do direito, a Escola Histórica do Direito caracterizou-se por ter pavimentado o caminho do direito rumo ao positivismo. Portanto, na França, o surgimento dessa escola coincidiu com a escola da exegese, criando grande identidade com o código napoleônico.

A Alemanha foi um dos últimos países europeus a formular um Código Civil. Nesse contexto, Flávio Elias Riche (2007) destaca que Savigny entendia os benefícios da codificação para a unificação jurídica alemã, mas era realista no sentido de reconhecer que a Alemanha ainda não reunia as condições políticas e culturais que possibilitariam a elaboração de um código civil como os demais que estavam sendo formulados pela Europa. Diante disso, para Savigny, as

difficultades com relação à falta de unicidade jurídica na Alemanha só poderiam ser sanadas com a utilização da própria Ciência do Direito (RICHE, 2007).

No entender de Savigny, a ciência do Direito produziria os mesmos efeitos que os resultantes da codificação, com a vantagem de que aquela não solidificaria o direito, mas permitiria a sua maior maleabilidade frente à codificação.

O contraponto do direito positivo era o direito natural, uma vez que, enquanto este caracterizava-se por ser “algo imanente à natureza e compulsório para o homem” (ISAIA, 2011), o que resultava em um direito permanente, imutável, aquele era algo construído de forma arbitrária, ou seja, não-natural, dessa forma, era considerado mutável de acordo com as condições sociais vigentes.

Para Savigny, o direito não deveria ser considerado como algo imutável e universal, como o direito natural, nem tampouco deveria se confundir com o direito positivo, no sentido de ser algo advindo da criação arbitrária do legislador, para ele, o direito era resultado do costume, externalizado por meio da vontade e do espírito do povo (*volksgeist*).

O *volksgeist* representou a segunda fase do pensamento de Savigny. A vontade do povo era entendida como a manifestação de um povo específico, e não de uma racionalidade universal como propugnavam os franceses, essa vontade era moldada pelas características culturais nas quais o povo estava inserido e que lhes foram sendo construídas ao longo de sua história.

O professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, o Dr. Paulo Ferreira da Cunha, destaca em seu artigo intitulado *Hermenêutica constitucional*: entre Savigny e o neoconstitucionalismo a situação de revolução constitucional na qual estamos vivendo atualmente, em que dogmas de hermenêutica constitucional erigidos antigamente começam a dar espaço para novas teorias, promovendo um “[...]reencontro da Constituição consigo mesma” (CUNHA, 2010, p. 1).

No desenvolver do texto, Cunha apresenta a desconstrução de alguns lugares comuns, nas palavras de Lenio Luis Streck, quando defende uma mudança na forma como o pensamento jurídico dominante ainda opera, ou seja,

propugna que o ato de interpretar já não é mais o ato de se buscar um sentido correto e único do texto normativo. Além disso, questiona, até com certa jocosidade, os métodos hermenêuticos que defendiam as idéias de que seria necessário se descobrir a vontade da norma e que o legislador teria um espírito.

Contrariando alguns autores que acreditam que a hermenêutica constitucional seria “um caso plácido e nada especial de uma clássica interpretação jurídica geral” (CUNHA, 2010, p. 2), Cunha entende que a Constituição é hierarquicamente a norma superior, de onde irradiariam todos os princípios norteadores das demais normas infraconstitucionais, portanto, não haveria a hermenêutica jurídica sem a conseqüente vinculação à hermenêutica constitucional.

Nesse contexto, afirma Cunha, o intérprete, no seu ofício, deverá sempre “ter os olhos (e o coração) na Constituição” (CUNHA, 2010, p. 3), ou seja, deverá sempre respeitar seus valores e objetivar seus fins.

O papel de Savigny ganha destaque nesse processo, pois, na concepção de alguns, o seu legado é insuperável, pois absoluto e intemporal. Desse modo, há quem acredite que apenas com o retorno ao pensamento de Savigny seria possível se purificar o direito das ciências ditas alienígenas, ou seja, estranhas à ciência jurídica.

Entende Cunha (2010) que o processo de criação do Direito é de índole hermenêutica e não somente interpretativa, pois, no seu entender, envolve outras questões além de interpretar.

Diante dessa revolução constitucional a qual se referiu Cunha, o processo de interpretação sofre uma reviravolta, no sentido de que agora não é determinante para que se chegue à compreensão da norma. A partir de agora, o processo de compreensão do texto normativo é anterior à sua interpretação. O que sugere que a escolha do método interpretativo sofreu um revés, perdendo a sua importância de outrora.

Cunha evidencia a modernidade interpretativa de Savigny que propugna pela relação entre fontes de direito e interpretação. Para o jurista alemão, há uma boa interpretação se houver uma boa lei. Dessa forma, o trabalho do

intérprete estaria diretamente relacionado com o trabalho do legislador, uma vez que a este é dado o dever de criar leis mais ricas, ou seja, “escritas de forma mais clara e rigorosa” (CUNHA, 2010, p. 7).

Para Savigny, não se pode isolar o estudo das fontes do direito do processo interpretativo, pois as fontes não são uma “norma independente, isolada, e absolutamente “dada”, de uma vez por todas” (CUNHA, 2010, p. 7). No entender de Savigny, as fontes necessitariam serem captadas pelo intérprete para que ganhem vida.

Em sua obra intitulada Metodologia Jurídica, Savigny defende que a interpretação não depende das três técnicas de interpretação atribuídas ao legislador e aos estudiosos do direito usualmente: “*authentica, doctrinalis e usualis*” (SAVIGNY, 2001, p.8), onde a primeira seria uma atividade exclusiva do legislador, enquanto as demais seriam articuladas pelos estudiosos. Tal assertiva encontra justificativa no fato de que, para Savigny, primeiro, não há que se falar em interpretação *authentica* e a *doctrinalis*, mas somente na *doctrinalis*, uma vez que, o legislador, ao tentar aclarar uma norma, acaba criando uma nova e não interpretando a existente. E se não conseguir aclará-la, o seu trabalho interpretativo é somente *doctrinalis*, que é a mesma engendrada pelos estudiosos.

O processo de interpretação proposto por Savigny pressupõe a existência da “crítica diplomática” prévia que seria, na sua concepção, o descobrimento do sentido autêntico do texto, que deverá anteceder toda a interpretação, conforme o excerto abaixo.

O descobrimento desse algo dado – a crítica diplomática – deve preceder toda interpretação, e torna-se especialmente necessária quando o diretamente dado deve ser pesquisado em diversas fontes, por exemplo, manuscritos. (SAVIGNY, 2001, p. 8).

Assim, postula Savigny que não há normas jurídicas, mas somente normas jurídicas interpretadas, donde redundam a idéia de que não existe Constituição sem a hermenêutica constitucional.

Savigny reconhecia e exaltava a importância da interpretação, mas não ignorava que esta deveria ser aplicada não somente às normas. Para ele, “toda

a lei deve expressar um pensamento de maneira tal que seja válido como norma” (SAVIGNY, 2001, p. 8).

Além disso, defendia um menor rigor na sua aplicação de modo a facilitar o surgimento das “observações de estudantes talentosos”, e não restringir às “opiniões de pretensos sábios”.

Para Cunha, a finalidade da interpretação da norma para Savigny seria “reconstruir o pensamento ou o “conteúdo espiritual” ínsito na norma” (CUNHA, 2010, p. 9). Dessa forma, teria importância a descoberta do pensamento da norma e do pensamento do legislador. Assim, parafraseando Rui Barbosa, Meireles Teixeira, citado por Cunha, afirma que caberia a todos os habitantes de uma nação que devem obediência aos ditames de um imperativo superior entendê-lo. Para isso, seria necessário se reconstituir o pensamento do legislador, o que é um processo interpretativo. Logo, interpretar seria o primeiro ato de toda a obediência.

Ainda como reflexo do processo de revolução interpretativa referenciado no início do texto, Cunha entende que o ato de interpretar hoje está direcionado para a construção do sentido com o auxílio dos intérpretes, de forma a aproximá-lo da sociedade, público-alvo da norma interpretada. Depreende-se daqui o entendimento de que o conteúdo da norma depende de uma série de fatores que vão desde as interferências do intérprete, do meio em que se desenvolveu a norma, até da própria atividade interpretativa.

A hermenêutica jurídica, ao revés das outras hermenêuticas, relaciona um conjunto de elementos dos quais se utilizam os intérpretes na sua atividade. Nesse sentido, postulou Savigny que a “interpretação só é possível através de uma composição tripla da tarefa [...]: lógica, gramática e histórica”. (SAVIGNY, 2001, p. 9)

No que se refere ao elemento gramatical, Cunha (2010) afirma que, para Savigny, “a interpretação pelo elemento gramatical acaba por consistir, afinal, na exposição das leis lingüísticas que o próprio legislador aplicou na construção do texto” (CUNHA, 2010, p. 11). Seria a busca pelo sentido gramatical do texto da norma.

Essa espécie de interpretação foi originalmente engendrada pela Escola da Exegese, para se fazer a análise textual do Código Civil Francês. Com o advento da Escola Histórica do Direito, essa técnica se mostrou insuficiente, uma vez que se comprovou que a “compreensão do sentido (espiritual) é diferente da exegese do texto (literal).” (MAGALHÃES FILHO, 2002, p.32).

Quanto ao elemento lógico, este busca a forma como as partes do texto normativo estão concatenadas, ou seja, como foi estruturado o pensamento do legislador.

Em sentido amplo, o conceito de interpretação lógica tem a ver com o método em que se busca o sentido da norma a partir de elementos exteriores que sejam capazes de se compatibilizar com ela.

Por seu turno, a interpretação lógica em sentido estrito é aquela que procura interpretar a norma a partir de um fator externo específico, mas que esteja ligado a ela: a vontade do legislador.

A vontade do legislador, conforme apresenta Magalhães Filho (2002, p. 36), pode ser encarada de duas perspectivas, a subjetiva ou a objetiva.

Na primeira corrente, considera-se como vontade do legislador a “intenção subjetiva original que imediatamente motivou o surgimento da norma” (MAGALHÃES FILHO, 2002, p. 33). Por ela, entende-se que a norma tem sua origem de uma concepção individual do legislador. Essa é a vertente adotada no Código Civil.

A interpretação, nesse caso, deveria buscar a atualização do pensamento do legislador no sentido de compatibilizá-lo com os fatos sociais e políticos nos quais o intérprete esteja inserido.

Já a segunda corrente, a objetiva, entende que a vontade do legislador se confunde com a vontade da sociedade.

Já o elemento histórico tem por finalidade a descoberta do momento histórico em que vivia o legislador no momento da promulgação da lei. Na verdade, o retrocesso histórico não precisa se restringir a esse momento, ele poderá ir ainda

mais longe. Para Cunha, o que se pretende com esse elemento histórico é se verificar o impacto que a inclusão daquela norma no ordenamento jurídico causou.

Por fim, o elemento sistemático. Para Cunha, esse elemento seria o elo existente entre as “diferentes instituições, institutos e normas, dentro dessa “magna unidade”” (CUNHA, 2010, p. 14). Nesse sentido, tem-se a noção do direito como um sistema unificado.

Para Savigny, não é pelo uso de todos esses elementos que o processo interpretativo se aperfeiçoaria. Pelo contrário, chegou inclusive a afirmar que a utilização indiscriminada de todos os elementos em todas as normas poderia ser nocivo. Assim, o que defende é a necessidade de se encontrar, dentro desses elementos, aqueles mais apropriados à interpretação.

Para Savigny, o sucesso da interpretação dependeria de dois fatores: a reconstrução da atividade mental legislativa e a comparação histórico-dogmática de textos.

No que tange ao primeiro fator, Savigny destacava a importância de que o interprete buscasse reconstruir o pensamento do legislador.

Em relação à comparação histórico-dogmática, Cunha pondera que “antes de mais (sic), torna-se necessário que se conheça o complexo jurídico dogmático numa perspectiva histórica” (CUNHA, 2010, p. 15). Depois desse processo, se tornaria mais fácil se estabelecer “as conexões entre as relações jurídicas gerais estabelecidas na ordem jurídica e o texto em apreço” (CUNHA, 2010, p. 15).

Por fim, de forma a concluir a exposição de suas idéias, Cunha retoma a questão da exaltação da primazia da interpretação constitucional sobre as demais interpretações sob o aspecto da hierarquia normativa superior da Constituição frente às demais normas infraconstitucionais. Diante disso, é lógico se concluir a existência de uma supremacia da hermenêutica constitucional. Nesse sentido, conclui Cunha:

Portanto, ao contrário da teoria que importa interpretação pretensamente unitária e asséptica de um juridismo pelo menos

ultrapassado para a o Direito Constitucional, a tendência actual (sic) é a inversa: dada a supremacia da Constituição, deve ser a metodologia constitucional a exportar hermenêutica para todo o Direito. (CUNHA, 2010, p. 17).

4 A TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN

4.1 Introdução

É possível se dizer, com base na cronologia de desenvolvimento da Teoria Pura do Direito, que a sua construção se deu de forma gradativa, tanto na evolução do conceito quanto na robusteza de sua fundamentação.

Segundo Prade (1997 apud SANTOS NETO, 2009, p. 49), a Teoria Pura do Direito teve quatro edições diferentes: a primeira remonta de 1934, quando foi veiculada na Revista de Derecho Privado, traduzida do alemão para o espanhol. A segunda edição, também datada de 1934, foi a primeira em língua alemã. A terceira edição teve a sua publicação em francês na Suíça no ano de 1953. E, por fim, já em 1960, foi publicada a última edição da Teoria e a segunda em língua alemã.

Com a Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen se propunha a dar ao Direito o status de “ciência jurídica”, uma vez que entendia que o conhecimento do direito deveria estar desvinculado de questões políticas, sociais, psicológicas e éticas. Dessa forma, a ciência jurídica poderia se preocupar unicamente com a análise da norma positivada, ao contrário do Direito que está sujeito a essas questões externas. Corroborar com esse entendimento o excerto abaixo

A despolitização que a teoria pura do direito exige se refere a ciência do direito não ao seu objeto, o direito. O direito não pode ser separado da política, pois é essencialmente um instrumento da política. (KELSEN apud SGARBI, 2007, p. 2).

Daí se extrai a delimitação do princípio metodológico fundamental da teoria proposta por Kelsen

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. (KELSEN, 1998, p. 1).

Com esse discurso, pretendia Kelsen eliminar do conhecimento do Direito outras disciplinas que, apesar de tratarem de objetos que guardam alguma relação como o da ciência do Direito, não deveriam com este serem confundidas sob pena de gerar um “sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto” (KELSEN, 1998, p. 2).

4.2 Perspectiva epistemológica da teoria pura

A Teoria de Kelsen se presta aos doutrinadores, aos cientistas do direito, àqueles que estão preocupados com o conhecimento do direito e com os métodos que deverão ser utilizados para assegurar a sua qualidade de ciência.

Conforme o próprio Kelsen, a Teoria Pura do Direito não se importa em descobrir como deve ser o Direito, ou como ele deve ser feito, mas sim em conceituá-lo, num exercício de ciência jurídica e não de política do Direito.

Diante da delimitação do princípio metodológico fundamental da Teoria Pura do Direito, é possível se compreender o pensamento do jurista vienense. Para ele, o conceito de ciência deve estar diretamente ligado ao de neutralidade, ou seja, não poderia haver interferência de qualquer ordem no plano do conhecimento científico. Não que essas interferências não existam, mas, para Kelsen, essa interferência, à luz do que ele propugna como ciência, tem que ser desconsiderada.

Assim defende Coelho (2009) ao afirmar que o método kelseniano de conhecimento da norma procura desconsiderar qualquer outro conhecimento utilizado na sua produção, ou seja, qualquer outro tipo de ciência ou valores que, apesar de terem sido utilizados para a produção da norma, deverão necessariamente serem obstados, uma vez que a sua consideração geraria um obscurecimento do conhecimento da norma, o que comprometeria a cientificidade dos enunciados formulados acerca dela.

4.3 Conceitos básicos da teoria pura

Dentro da teoria proposta por Kelsen podem ser apontadas uma série de conceitos básicos que, apesar de serem resultantes da sua construção e desenvolvimento, também lhe dão concretude e clarificam o seu entendimento.

4.3.1 *Sistema estático e dinâmico*

A norma, segundo a teoria kelseniana, já seria válida pelo simples fato de existir no ordenamento jurídico e, portanto, deve ser obedecida pelas pessoas e aplicada pelos órgãos jurisdicionais.

O processo de validação de uma norma consiste em se verificar se o sentido subjetivo que se pretende imprimir a um ato de vontade de um agente se compatibiliza com o sentido objetivo da norma individual, ou seja, se ela fundamenta a sua exteriorização por meio daquele ato.

Nesse sentido, por julgar que a validade já está pressuposta nas normas que se encontram positivadas, restaria à ciência jurídica somente se verificar de que forma se dará essa fundamentação, se por meio de seu conteúdo ou se pela relação de competência atribuída sucessivamente aos agentes da norma de maior escalão para a de menor escalão.

Dentro desse contexto de fundamentação, Kelsen concebeu, mediante sua teoria, dois sistemas: um estático e outro dinâmico.

Para o jurista, o sistema estático é aquele que compreende as normas de conduta humana, atribuindo a esta a juridicidade ou antijuridicidade. Dentro desse sistema seriam abordados os pontos relativos à sanção, ao ilícito, ao dever jurídico e à responsabilidade, ao direito subjetivo, à capacidade, à competência, à organicidade, à relação jurídica e ao sujeito jurídico.

Esse sistema procura interrelacionar as normas a partir do seu conteúdo, até se chegar ao topo do ordenamento jurídico do Estado.

Já o sistema dinâmico, em contrapartida, se refere ao processo de produção e aplicação das normas. Os pontos que são abordados então se referem à

validade, à estrutura da ordem jurídica, à jurisprudência, ao negócio jurídico e ao conflito de normas.

Nesse caso, por seu turno, para atingir o topo do ordenamento jurídico, busca fazer o interrelacionamento entre as normas por meio da trama de competência, ou seja, pela existência de um poder de produção normativa conferido a alguma autoridade por normas sucessivamente superiores. Desse modo, uma norma só será válida na única hipótese de ter sido produzida pela autoridade expressamente designada pela norma superior.

4.3.2 Norma jurídica e proposição jurídica

Na teoria kelseniana há uma importante distinção no que se refere à norma jurídica e proposição jurídica. Relata Coelho (2009) que tal diferenciação só foi se tornar presente na terceira edição da Teoria Pura do Direito, em 1945, até lá os dois conceitos eram utilizados como sinônimos.

As diferenças basilares entre as duas podem ser resumidas em três pontos: com relação a pessoa responsável pela edição, quanto ao caráter de cada uma e, talvez a mais relevante de todas, a que se refere à organização lógica do sistema jurídico.

No que diz respeito a quem edita cada uma, é possível se dizer que a norma emana do legislador ou do julgador e a proposição, do doutrinador, como resultado do processo de interpretação da norma. Dessa forma, parafraseando Coelho, “a doutrina é um conjunto de proposições descritivas das normas”. (COELHO, 2009, p. 7)

O que se extrai do trabalho da autoridade competente para edição da norma, quer seja o legislador, quer seja o julgador, é um enunciado. No caso da norma, o enunciado tem um caráter prescritivo, ou seja, prescreve uma sanção àquele que pratica uma conduta ilícita. O enunciado, dessa forma, externa uma vontade da autoridade competente em editá-lo, em reprimir as condutas que não condigam com a previsão legal por meio das sanções, por isso é considerado um ato de vontade.

Já o enunciado que se extrai da proposição tem caráter somente descritivo, uma vez que se presta a analisar as normas, descrevê-las e delimitar seus contornos. Trata-se, portanto, de um ato de conhecimento.

Por fim, a distinção que há no que diz respeito à organização lógica do sistema jurídico. A norma, por se tratar de um ato de vontade, só poderá ser considerada válida ou inválida. Já a proposição, por ser um ato de conhecimento, pode ser considerada verdadeira, se retrata com fidelidade a norma, ou falsa, se retrata no sentido contrário. Assim, como o exercício lógico só é possível no confronto entre enunciados verdadeiros ou falsos, exclui-se dessa apreciação as normas, restando somente as proposições.

Segundo Coelho (2009), para que se possa aplicar o processo lógico na análise das normas, será necessário descrevê-las preliminarmente por meio de proposições: “apenas indiretamente, isto é, através das proposições jurídicas que as descrevem, será admissível investigar a logicidade das relações internormativas”. (COELHO, 2009, p. 9).

4.3.3 Norma hipotética fundamental

No sistema estático e no dinâmico, conforme foi apresentado, o processo de busca de validade da norma se dá por meio de uma regressão de hierarquia normativa, ou seja, uma norma teria sua validade assegurada por conta da existência de outra de hierarquia superior que lhe daria sustentação. Seguindo nessa linha, esse processo de busca de validade seria um exercício que tenderia ao infinito.

Dessa forma, a teoria kelseniana criou o conceito de norma hipotética fundamental, que seria um modo de se fundamentar a sustentação de validade das normas de um ordenamento jurídico como um todo, inclusive da própria Constituição.

A norma fundamental, no caso, seria hipotética, uma vez que não resultaria de uma norma posta, mas suposta, ou seja, não se encontra positivada no ordenamento jurídico. Sobre isso, escreveu Coelho:

A ciência do direito (...) ao indagar, contudo, sobre a validade da Constituição (...) deve forçosamente *pressupor* a existência de uma norma fundamental, que imponha a observância da mesma Constituição e das normas jurídicas por ela fundamentadas. (COELHO, 2009, p. 12).

A teoria kelseniana ainda traça uma distinção entre o trabalho do historiador e do cientista do direito no processo de delimitação do conceito de norma fundamental. Para o primeiro, o trabalho seria o de proceder à máxima anterioridade normativa no tempo e identificar a primeira Constituição. Já o trabalho do cientista seria o de verificar, dentro de todas as normas positivas, qual foi a primeira constituição que rompeu com a ordem jurídica anterior e que, por isso, não guarda qualquer relação com nenhuma norma anterior, mas da qual decorre a validade de todo o ordenamento jurídico em vigor.

Destaque-se, por fim, que, conforme expressamente apresentou Kelsen, a norma fundamental não vincula o conteúdo das normas de uma ordem jurídica, mas apenas serve para lhes assegurar a validade.

4.3.4 Positivismo

O positivismo jurídico não se confunde com o positivismo filosófico, muito embora na sua origem esses termos tenham tido alguma ligação, até por que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas filosóficos. No entanto, essa identidade entre ambos não pode mais ser verificada hoje.

O positivismo jurídico advém do direito positivo, que se contrapõe ao direito natural, e é esta distinção que domina toda a tradição do pensamento jurídico ocidental. (BOBBIO, 2006).

O direito positivo volta-se para o estudo da norma posta, sem se considerar as variáveis que possam ter tido alguma influência na sua produção e nem naquelas que possam efetuar algum juízo de valor.

Ao revés, o direito natural é aquele que emana da natureza, ou seja, é aquele que prescreve ações que advém naturalmente, sem a necessidade da sua configuração normativa.

Bobbio (2006, p. 22) sintetiza as diferenças dos dois direitos apontadas por diversos filósofos e cientistas do direito em seis pontos:

- 1) Universalidade/particularidade – Enquanto o direito natural vale em toda a parte, o direito positivo tem validade somente naquele local onde ele é posto.
- 2) Imutabilidade/mutabilidade – Por se tratar de regras que emanam da natureza, a possibilidade de mudança do direito natural não é atribuída à vontade do homem. Em contrapartida, a mudança do direito positivo é algo mais fático, portanto, pode ser considerado mutável.
- 3) Fonte do direito – enquanto o direito natural emana da natureza (*natura*), o direito positivo emana da vontade do legislador (*potestas populus*).
- 4) Modo pelo qual o direito é conhecido – o direito natural é conhecido por meio da razão, enquanto o direito positivo, por meio de declarações de vontade do legislador (promulgação).
- 5) Objeto dos direitos – refere-se ao comportamento regulado por eles. No caso do direito natural, os comportamentos regulados são bons ou mal por si mesmos. Já no direito positivo, o comportamento é considerado mal a partir do momento em que o direito regula a conduta de forma diversa.
- 6) Valoração das ações – “O direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil”.

Na era clássica, o direito positivo se sobrepunha ao direito natural no caso de conflito entre os dois, pois este era considerado direito comum enquanto o outro era o direito especial. Assim, adotando-se o princípio em que o especial derroga o geral, o direito positivo tinha a sua prevalência assegurada.

No entanto, já na era medieval, essa relação se inverteu e o direito natural, por ser considerado resultado da vontade divina, ou seja, por se tratar de

ações prescritas e divulgadas por Deus, ganhou destaque em relação ao direito positivo.

De qualquer forma, como frisou Bobbio, essa superioridade ora do direito positivo, ora do direito natural, não afastou de nenhum nem de outro sua qualidade de direito. Essa tarefa coube ao positivismo jurídico, que atribuiu ao direito positivo tudo o que fosse direito, e o direito natural deixou de ser considerado direito.

A teoria kelseniana adotou uma linha positivista que serviu de base ao princípio metodológico fundamental da Teoria Pura do Direito, conforme já exposto anteriormente, uma vez que esta se caracterizou pela necessidade de se afastar do seu conhecimento os valores e princípios que deram ensejo à sua produção e aplicação. Assim, fugiria do seu escopo a preocupação com questões políticas, como a finalidade econômica e social da norma, por exemplo; com questões sociais, como o comportamento dos indivíduos; com fatores psicológicos, como a intenção do legislador; além de outros éticos, de justiça e qualquer outra “manifestação valorativa sobre as normas estudadas” (COELHO, 2009, p. 18).

4.4 Teoria da interpretação

Em seu livro intitulado *Teoria Pura do Direito*, uma das obras basilares do seu pensamento positivista, Hans Kelsen destaca que a interpretação consiste num processo de aplicação do Direito na medida em que este tem que ser aplicado a partir de uma norma dita de um escalão superior para outra de escalão inferior.

É a partir desse conceito de interpretação que se torna possível se definir o conteúdo de uma norma que deverá ser extraída daquela de escalão superior e que será aplicada ao caso concreto. Ilustrativamente, é o caso da produção da jurisprudência, ou seja, a integração do direito às decisões dos tribunais. A esse tipo de interpretação Kelsen classificou como *autêntica*, ou seja, é aquela interpretação realizada pelo órgão competente para aplicar a norma jurídica. É o exercício que o Legislativo faz para que, a partir da interpretação da Constituição, possa editar as leis ordinárias. Nesse caminhar do escalão superior para o inferior é que o Executivo também pratica, uma vez que interpreta

autenticamente, a partir das leis ordinárias, para poder editar normas de sua alçada, e, por fim, o Jurídico também interpreta autenticamente, pois se vale da interpretação das normas em vigor para poder proferir suas decisões. Essa modalidade é considerada prescritiva de direito e repousa num ato de vontade, donde resulta uma norma jurídica.

Em contrapartida, há a interpretação *não-autêntica*, que é aquela realizada tanto pelas pessoas em geral, no seu exercício para identificar qual seria a conduta que deveriam praticar a fim de evitarem as sanções impostas pelas normas, como também pela ciência jurídica. Nesse sentido, a interpretação não-autêntica é considerada descritiva, uma vez que, por um ato de conhecimento, procura interpretar a norma. Como resultado desse exercício, produz-se uma proposição jurídica.

O conceito de interpretação defendido por Kelsen tem uma característica de sistema fechado, onde as normas inferiores devem ter seus conteúdos balizados pelas normas superiores, até o limite da chamada norma hipotética fundamental. Coelho ilustra essa situação:

A interpretação que o Legislativo faz da Constituição, ao editar leis ordinárias, a do Executivo relativamente a estas últimas, ao baixar o decreto regulamentar, e a do Judiciário pertinente às normas gerais em vigor, para proferir decisões (editar normas individuais), têm natureza substancialmente diversa da interpretação doutrinária, a cargo da ciência do direito. (COELHO, 2009, p. 57)

Do trecho acima é possível se depreender que as normas, a medida em que vão se tornando mais especializadas, ou seja, mais específicas, vão buscando suas fundamentações na interpretação que os órgãos competentes fazem das normas imediatamente superiores, pressupondo que estas estão em conformidade com a Constituição.

A idéia de um sistema fechado surge da característica de completude do ordenamento jurídico, “caracterizado por uma clausura normativa que nos permite a utilização lógica e sistemática de suas normas” (PONTES, 2002, p. 27). Ficaria, portanto, limitado ao sistema jurídico a interpretação, aplicação e produção das normas, uma vez que todo o ordenamento jurídico estaria hierarquicamente disposto, devendo tanto as leis quanto às próprias sentenças (as

primeiras denominadas leis gerais e as outras leis individuais) buscarem sua legitimidade das normas ditas de maior escalão.

Foi a partir dessa constatação que Kelsen pode concluir que a relação entre as normas de escalões superiores e de as inferiores se dá por determinação, ou seja, há uma subordinação entre as normas gerais, ditas superiores, e as normas inferiores, tanto no seu processo de produção como na também na definição do seu conteúdo.

Essa determinação, prossegue Kelsen, não é total, uma vez que há uma margem para indeterminação que deverá ser complementada pela liberdade de escolha da autoridade inferior e que será o responsável, muitas vezes, em aplicar a norma ao caso concreto. Essa indeterminação se origina da impossibilidade de a Constituição prever todos os tipos de aplicação das normas já existentes e daquelas que ainda serão criadas sob a sua tutela.

Para Kelsen, é essa indeterminação que levará ao reconhecimento do juiz como criador do direito, uma vez que a indeterminação dá margem às escolhas e as escolhas são feitas mediante atos de vontade, que criam direito. (NETO, 2009, p. 50).

No entanto, com o intuito de manter o controle sobre a criação e a aplicação das normas infraconstitucionais, Kelsen concebeu o que ele convencionou chamar de *moldura*, que seria um limite ao qual a norma estaria restrita juntamente com a margem de interpretação e de liberalidade que a autoridade inferior tem de aplicação da norma.

Kelsen reconhece que a norma não tem um sentido único e que, além disso, a sua expressão verbal pode não retratar com fidelidade a vontade do legislador. Nesse sentido, o processo de aplicação do Direito encontraria uma dificultador, no sentido de definir aquela interpretação que melhor se adéque ao caso concreto. É dessa problemática que surge a finalidade da moldura, qual seja, o de restringir, dentro dos vários sentidos que a norma pode apresentar, aqueles que estariam em conformidade com o Direito.

Para a teoria interpretativa kelseniana, o processo de interpretação é sempre pré-judicial, e teria como primeira etapa exatamente o que foi apresentado anteriormente, ou seja, a delimitação, dentro da moldura, dos significados válidos.

Concluída essa etapa, o próximo procedimento seria o de identificar, dentro dos sentidos conformes com o Direito, e que, portanto, estarão enquadrados na moldura, aquele que pareça o mais adequado para ser aplicado. Nesse sentido, Kelsen afirma que “não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra” (KELSEN, 1998, p. 391).

Essas duas etapas do processo interpretativo da teoria kelseniana seriam desempenhados por dois agentes distintos, no primeiro caso, pelo cientista do direito e, no segundo, pelo político. A Teoria Pura do Direito faz bem essa separação ao propugnar que a ciência jurídica deveria ser despolitizada. Assim, caberia ao cientista apenas identificar os significados que aderissem de alguma maneira à estrutura, ou moldura, da norma que está sendo interpretada, num processo de aplicação de um ato de conhecimento que, pela sua natureza descritiva, não tem o condão de criar direito.

Em contrapartida, na segunda fase do processo, entraria o papel político do direito, quando, valendo-se de um ato de vontade, tem a finalidade de escolher, dentro dos vários significados delimitados pela moldura, aquele que melhor se adéqua ao caso concreto, sem que essa escolha seja, necessariamente, a única correta.

Sobre esse assunto escreveu Sgarbi

Nesse sentido, a atividade do doutrinador é científica apenas até o momento em que expõe as potencialidades do quadro interpretativo; a partir do momento em que sustenta haver um sentido normativo a que se deve preferir em relação aos demais sentidos possíveis, deixa o teórico o campo da descrição e passa para o campo da ideologia, assemelhando-se, assim, o seu produto, ao resultado da interpretação autêntica. (SGARBI, 2007, p. 95)

Esse seria, em suma, o processo interpretativo idealizado por Kelsen em sua teoria. No entanto, pode-se afirmar que a edição da Teoria Pura do Direito de 1960 alterou essa forma de pensar, quando, então, o jurista vienense passou a

considerar a possibilidade de escolha de um significado para a norma que não estivesse dentro da moldura definida pelo cientista jurídico no seu processo de conhecimento.

A origem dessa alteração significativa na teoria proposta por Kelsen vem de um caso concreto, conforme aponta Santos Neto (2009), quando Kelsen interpretou os poderes do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas. Adotou o jurista uma interpretação restritiva do art. 24 da Carta das Nações Unidas, onde se diz que constitui obrigação do Conselho de Segurança promover a paz e a segurança. Assim, por meio de sua teoria interpretativa, não seria possível atribuir ao Conselho outras competências que não as que estivessem expressamente previstas na Carta da ONU, uma vez que não fariam parte dos significados inclusos na moldura. Contrariando a sua lógica, o Conselho terminou assumindo funções que não estavam previstas na Carta.

Para Santos Neto, a nova teoria interpretativa de Kelsen se perfilharia com uma corrente teórica cética da interpretação, onde esta não mais seria uma atividade de conhecimento, mas sim de valoração e decisão, uma vez que “os textos podem ser entendidos de diversas maneiras e tais interpretações dependem das variadas posturas valorativas do intérprete” (SANTOS NETO, 2009, p. 66).

O excerto abaixo, da edição de 1960 da Teoria Pura do Direito, ilustra essa guinada no pensamento kelseniano

A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa (KELSEN, 1998, p. 394).

Diante disso, é possível se destacar que o princípio metodológico adotado por Kelsen em sua teoria perde validade, uma vez que se passa a inserir, no processo de interpretação da norma, valores externos à sua produção e aplicação. Ademais, a segurança jurídica, um dos pontos basilares da teoria kelseniana anterior a 1960, acaba sendo mitigada, pois, se antes as possibilidades

de interpretação estavam limitadas àqueles significados definidos na propalada moldura, agora, com a previsão de que novos significados, alheios àqueles delimitados pelos cientistas do direito no processo cognoscitivo possam ser também considerados, a possibilidade de fratura da segurança jurídica parece mais factível, dada a imprevisibilidade da interpretação que se poderá atribuir à norma pelo processo volitivo engendrado pelos intérpretes autênticos e de caráter político.

A questão da mutabilidade parece ser algo imanente à obra de Kelsen, conforme ilustra Lima (1995) no que tange ao conceito de norma fundamental, pois afirma que Kelsen reconheceu que o conceito poderá sofrer alterações, desde que se opere pertinentemente.

4.5 Limites da teoria da interpretação

Asensi (2010) identifica alguns pontos críticos à teoria kelseniana que merecem destaque: o primeiro deles se refere ao caráter reducionista do princípio metodológico fundamental da teoria, uma vez que alija da interpretação da norma qualquer tipo de consideração a respeito das dimensões sociais e valorativas.

Essa crítica encontra eco na concepção de Alf Ross, jurista escandinavo citado por Santos Neto (2009). Segundo ele “as atitudes emocionais e valorativas não podem ser esquecidas” (SANTOS NETO, 2009, p. 75). Conforme exposto anteriormente, o próprio Kelsen parece ter se convencido disso ao editar a Teoria Pura do Direito de 1960, já que passou a considerar o processo interpretativo como uma atividade de valoração e decisão.

Outro ponto destacado por Asensi (2010) diz respeito à norma fundamental propalada por Kelsen. Segundo esse conceito, as normas de menor escalão encontrariam legitimidade nas normas de maior escalão, até o limite da chamada norma fundamental, que serviria de albergue para todas as demais. A crítica, segundo o aludido autor, se fundaria exatamente nessa noção totalitária da norma fundamental de que a legitimidade de todo o ordenamento jurídico seria em função dela.

Para Asensi, seguir nesse raciocínio justificaria ações de regimes extremistas, como o nazismo, uma vez que estas teriam sido legitimadas pela norma fundamental na sua produção.

Assim considerou o autor

O direito nazista, por injusto que seja, desde que obedeça a uma estrutura formal piramidal, adquire validade e legitimidade. Toda a discriminação e crimes praticados pelo nazismo beberam na fonte da legitimidade da norma, na medida em que passaram por processos formais para a sua constituição. (ASENSI, 2010)

Outra crítica feita à teoria kelseniana é de autoria de Dante Cracogna (apud SANTOS NETO, 2009, p. 76). Segundo o jurista, é de se destacar a total inaplicabilidade da distinção que faz Kelsen entre a interpretação autêntica e a científica. Ao seu ver, são dois procedimentos que não podem ser separados, uma vez que um complementa o outro.

Aqui cabe um parêntesis para situar o conceito que Cracogna (SANTOS NETO, 2009) imprime à interpretação científica. Na sua concepção, o significado se confunde com o de interpretação não-autêntica.

A título de recapitulação, na teoria kelseniana a interpretação autêntica seria privativa dos agentes legalmente instituídos para a produção legislativa, como o legislador e o juiz, além de ser movida por um ato volitivo. Já a interpretação científica, ou não-autêntica, seria aquela engendrada pelos agentes que não possuem essa legitimidade para criar leis, como o cientista do Direito e o cidadão comum, afinal de contas suas interpretações, na concepção de Kelsen, não vinculam de forma geral a sociedade.

Voltando à crítica formulada por Cracogna, ao seu ver, seria impossível se desvincular o procedimento de decisão que, na concepção de Kelsen, seria representado por um ato de vontade, do procedimento científico, representado por um ato de conhecimento. Não haveria a possibilidade de fixar um limite entre um e o outro, uma vez que, para que o agente possa fazer a sua escolha, será necessário que ele conheça aquilo que vai escolher.

Soares Neto (2009) ilustra essa passagem da seguinte forma

Dante Cracogna irá questionar a separação entre interpretação autêntica e interpretação científica. Quando um tribunal reforma uma sentença de um juiz estará praticando que tipo de interpretação? Autêntica ou científica? E se o acórdão do tribunal for por sua vez revisto por um tribunal superior? Um dia a interpretação será científica e outro dia será autêntica? E a atividade de um juiz que seja também jurista, e que aplique a interpretação resultado de um trabalho científico? Diante de tais questionamentos, Cracogna, conclui que a separação proposta por Kelsen resulta artificial. (SOARES NETO, 2009, p. 76)

Já Perelman (2004) critica a teoria kelseniana na questão atinente ao papel de interpretação atribuído ao juiz, pois argumenta que relega a ele a possibilidade interpretativa apenas aos significados delimitados na moldura o que, ao seu ver seria um mecanismo redutor da interpretação. Para Perelman, a atividade do juiz envolve muito mais do que a escolha dentro de uma estrutura montada para delimitar os significados da lei, trazidos à *lume* por meio de uma interpretação científica que despreza “qualquer referência a juízos de valor, à idéia de justiça, ao direito natural, e a tudo o que concerne à moral, à política ou à ideologia” (PERELMAN, 2004, p. 92).

Ao revés, para Perelman (2004), a atividade do juiz deveria estar pautada nos valores que a ordem jurídica pretende proteger e promover, mesmo que eles não estejam expressos na lei.

Prossegue Perelman (2004), na sua crítica à teoria kelseniana, relatando que Kelsen entendia que a decisão do juiz deveria estar adstrita aos limites impostos pela lei. Esse entendimento corrobora o que foi dito anteriormente no que se refere à submissão da atividade do juiz a uma escolha de um significado dentro de uma moldura pré-estabelecida pela ciência do direito.

Na concepção de Perelman (2004), tal entendimento não merece prosperar, uma vez que, dado o caráter público da decisão proferida pelo juiz, sua fundamentação não deveria estar subordinada aos ditames da lei, mas sim, deverá complementar a análise legal com o entendimento de que há outros fatores atuantes no processo decisório e que eram rechaçados pelo positivismo. Dessa constatação é possível se concluir que a decisão do juiz não se origina na ciência jurídica, uma vez que não deve ser esterilizada de outros valores que notadamente exercem influência.

Em contrapartida, com a mutabilidade pela qual passou a teoria da interpretação kelseniana, conforme apontado anteriormente, quando esta passou a adotar um viés cético, pois considerou a possibilidade de que a interpretação pudesse ser feita fora da moldura, a coerência do sistema jurídico ficou comprometida.

A partir dessa nova concepção proposta por Kelsen, seria impossível se prever a interpretação que seria dada a determinada norma, uma vez que esse dependeria de um ato de vontade do intérprete e, além disso, a sua margem interpretativa não estaria condicionada à moldura que seria construída por meio de uma atividade de conhecimento.

No entender de Streck (apud SANTOS NETO, 2009, p. 81), mesmo com essa característica de discricionariedade apontada para o trabalho do intérprete na definição do sentido de uma norma, não é possível se dizer que seja absoluta, uma vez que o intérprete estaria adstrito a outras circunstâncias, como a questão cultural e de tradição, por exemplo, na qual estiver inserido, não cabendo, dessa forma, a alegação de que seu trabalho consistisse num processo discricionário.

Além do mais, ainda no entender de Streck, não há como se separar texto e norma, uma vez que esta é produto da interpretação daquele. Assim, não caberia, por via de consequência, atribuir a possibilidade de arbitrariedade no trabalho desempenhado pelo intérprete, uma vez que no seu processo de elaboração da norma, estaria obrigatoriamente limitado ao texto.

5 ESTUDO COMPARATIVO ENTRE A TEORIA DA INTERPRETAÇÃO DE SAVIGNY E A DE KELSEN

Calvo Garcia (apud SILVA FILHO, ALMEIDA E ORIGUELLA, 2004, p. 13) afirma que o positivismo jurídico foi sendo alterado conforme o contexto histórico no qual cada país vivia, sendo, portanto, moldado por esta característica.

Diante disso, é possível se destacar três correntes positivistas: aquela que entendia o código napoleônico como a fonte perfeita do direito, onde todas as interpretações poderiam ser alcançadas mediante a utilização da técnica gramatical (Escola da Exegese); o sistema jurídico anglo-saxão e, por fim, a da cultura jurídica germânica ancorada na sobrevivência de um direito histórico (Savigny).

Dessa forma, a Escola Histórica pode ser classificada como um ramo do positivismo jurídico, notadamente aquele que diz respeito à sua vertente germânica. Na verdade, como bem classificou Costa (2011), Savigny não chegou a se posicionar expressamente como um jusnaturalista, mas isso pode se depreender da análise das suas concepções fundadas “na construção histórica da cultura de um povo” (COSTA, 2011), que revelam uma incompatibilidade com os preceitos das teorias do direito natural. Além disso, não se pode afirmar também que as suas idéias assumam posições positivistas, pois, não fazem uma ligação entre o direito estatal e o direito positivo.

Portanto, o direito para Savigny era histórico, “que via no costume a principal fonte do direito e nas crenças populares origem das regras que devem reger uma nação” (COSTA, 2011). Daí redonda o conceito de *volksgeist*, ou espírito do povo, propalado por Savigny. Segundo esse entendimento, as leis não deveriam ser impostas pela vontade dos soberanos, mas, sim, deveriam resultar da vontade do povo, ou da consciência jurídica da população.

Essa proposta demonstra uma evolução do pensamento de Savigny, uma vez que este, conforme apontou Karl Larenz (2009), passou a

considerar como fonte do Direito a comum convicção jurídica do povo, o espírito do povo, em detrimento da lei.

Contrariando o que preceituava Savigny nos seus primeiros escritos, o filósofo alemão passou a entender que o processo de interpretação das regras contidas na lei não poderia se limitar à compreensão da regra por si só, mas apenas pela intuição do instituto jurídico.

Nesse sentido, Larenz entende que o processo de criação da lei é inverso ao de sua aplicação, pois, ao mesmo tempo em que o legislador deve buscar sempre entender a intuição integral do instituto jurídico como um todo orgânico, donde será possível, por meio de “um processo artificial, estabelecer a preceituação abstracta da lei” (LARENZ, 2009, p. 14), o aplicador da lei deverá buscar o nexos orgânico a partir de uma simples seção demonstrada pela lei.

A conclusão que Savigny procura tirar de tudo isso é a de que a intuição e o conceito deverão sempre ser conciliados, pois este apresenta a norma sempre de uma forma fragmentada, e, a partir da utilização da intuição, será possível se ter a visão do todo.

Larenz reconhece que a teoria engendrada por Savigny apresenta uma falha no sentido de que não consegue demonstrar como há a transição entre a intuição e a “forma abstrata da regra jurídica” e, por fim, se chega à intuição originária. Restaria, nesse sentido, a dúvida quanto à possibilidade de se acrescentar um nexos orgânico a uma regra constituída por abstração, já que aquela depende da utilização da intuição e esta é resultado da aplicação do conceito.

Diante dessa dicotomia que existe entre a intuição e o conceito, a elaboração científica, de cunho eminentemente conceitual, terminaria por tornar ainda mais abstratas as abstrações originárias da própria norma.

Ainda no que diz respeito à teoria da interpretação do sistema, Savigny defendia que o interprete deveria se colocar espiritualmente na posição do legislador e, por meio desse posicionamento, aliado com a repetição dos procedimentos adotados pelo legislador no ato de criação da norma, seria possível se fazer

renascer a lei no seu pensamento. O elemento sistemático dessa teoria seria o liame que daria a todas as normas jurídicas em uma unidade.

O método defendido, portanto, na teoria da interpretação do sistema seria, primeiramente, a colocação do interprete no lugar do legislador e, num segundo momento, a aplicação da intuição. Diante disso, entende Larenz (2009) que se configura um distanciamento do pensamento positivo legalista do qual Savigny era adepto.

Seguindo nessa linha de mutação do pensamento de Savigny, Larenz (2009) aponta como uma nova característica a aceitação da interpretação restritiva e extensiva, uma vez que entende que a razão de ser da lei deveria ser invocada no processo interpretativo, desde que com cautela. Dessa forma, a sua aplicação se daria quando a lei adota uma expressão indeterminada, o que obrigaria ao interprete a apuração do fim especial dessa lei, desde que comprovável. Já no caso de não haver comprovação, deveria ser adotada uma regra geral, o que justificaria a adoção de uma interpretação extensiva.

A razão de ser da lei teria alguma eficácia também no que diz respeito à retificação de alguma expressão imperfeita, além da utilização do processo histórico e do nexu interno, conforme expõe Larenz (2009). Dessa forma, se impediria que a norma fosse utilizada em conflito com a sua finalidade, além de permitir “que se conheçam os verdadeiros limites da (sua) aplicação” (SAVIGNY apud LARENZ, 2009, p. 17). No entanto, ao contrário do que se pregava com relação à utilização da razão geral nos casos de interpretação extensiva ou restritiva, Savigny se mantém inflexível quanto à possibilidade de sua utilização com a finalidade de se retificar a norma. Segundo Savigny, esse tipo de recurso “já teria, todo ele, “o carácter de um aperfeiçoamento do Direito distinto da interpretação”” (SAVIGNY apud LARENZ, 2009, p. 17).

Por fim, Larenz traz a questão do entendimento de Savigny com relação à integração das lacunas por analogia. Inicialmente, conforme já foi apresentado, Savigny entendia se tratar a analogia de um processo por meio do qual se buscaria extrair uma regra especial que alberguasse um caso semelhante àquele no qual não se encontra ainda nenhuma referência normativa. A partir daí, seria

possível se fazer uma remissão a uma regra superior, a partir da qual será decidido o caso lacunoso. Procedimento este que outrora já era reconhecido por Savigny, por achar que era uma forma de se buscar uma clarificação de alguma expressão utilizando-se a própria lei, ao revés do que, segundo ele, era adotado nos procedimentos de interpretação restritiva e extensiva.

Diante dessa reviravolta no seu pensamento, Savigny agora entende que o preenchimento da lacuna por meio da analogia se dá com o regresso “à intuição global do instituto jurídico correspondente” (SAVIGNY apud LARENZ, 2009, p. 18). A sua aplicação poderia ser desmembrada em duas possibilidades: o primeiro caso ocorre quando surge uma relação jurídica que não encontra paradigma. Nesse caso, haveria a necessidade de criação de uma lei, com a finalidade de servir de “instituto jurídico arquétipo”. Uma segunda possibilidade levantada por Savigny refere-se ao caso em que já existe um instituto jurídico conhecido, mas surge uma nova questão jurídica. Nesse caso Savigny, entende que “a esta há então que responder “segundo parentesco íntimo das proposições jurídicas pertencentes a este instituto”” (SAVIGNY apud LARENZ, 2009, p. 18), e conclui:

Toda a analogia repousa “na pressuposta coerência interna do Direito”; esta, porém, nem sempre é apenas uma consequência lógica, com “a simples relação entre causa e efeito”, mas também uma consequência “orgânica”, isto é, uma consequência que resulta “da intuição global da natureza prática das relações jurídicas e dos seus arquétipos” (SAVIGNY apud LARENZ, 2009, p. 18).

Em sua obra intitulada *Metodologia Jurídica*, Savigny defende o entendimento de que a interpretação da lei deve pressupor a reconstrução do pensamento contido na lei. Para atingir esse desiderato, deve o intérprete se colocar no lugar do legislador, assumindo o seu ponto de vista, e reproduzir artificialmente seu pensamento. Para tanto, necessitaria utilizar o que chamou de “constituição tríplice” (SAVIGNY, 2001, p. 9), que seriam os métodos interpretativos mais adequados para a sua época. São eles: a lógica, a gramatical e histórica. Já Silva Filho, Almeida e Origuella acrescentam a esse rol metodológico de interpretação o elemento sistemático, uma vez que Savigny entende que o ordenamento jurídico não é composto por um somatório de normas jurídicas vigentes, mas por uma totalidade, “um todo único e sistemático formado pelo conjunto dos institutos

jurídicos: um direito abstrato, profundo e racional que vive na consciência do povo (*Volksgeist*)” (SILVA FILHO, ALMEIDA E ORIGUELLA, 2004, p. 14).

5.1 O positivismo jurídico extremado de Hans Kelsen

Já no que se refere a Hans Kelsen, há que se destacar o viés positivista de seu raciocínio, o que, ao contrário do que foi dito a respeito de Savigny, o situa claramente contrário ao jusnaturalismo.

Tal assertiva encontra amparo no sentido de que a teoria interpretativa de Kelsen tem seu cerne na chamada norma fundamental, que seria uma construção hipotética, já que não se trata de uma norma posta, que daria sustentação a todo ordenamento jurídico, inclusive à própria constituição, uma vez que estaria acima dela.

No seu afã de garantir o Direito o *status* de ciência, Kelsen procurou desvincular do estudo da norma toda e qualquer divagação que pudesse levar em consideração os valores e princípios que deram ensejo à sua produção e aplicação. Dessa forma, deveriam ser afastadas as questões políticas e sociais, bem como os fatores psicológicos, como a intenção do legislador no momento da criação da norma. Nesse contexto, não caberia a possibilidade de avaliação quanto “à viabilidade ou justiça da regra em análise” (LIMA JÚNIOR, 2010).

Outro contraponto com relação ao pensamento de Savigny é aquele que diz respeito à origem das normas, o que, no caso do filósofo alemão, deveria ser considerado a vontade do povo (*volksgeist*), mas, já para o jurista vienense, o processo legislativo é uma atividade notadamente estatal, uma vez que, no entender de Kelsen, para que a norma tenha validade, é necessário que ela tenha sido produzida atendendo os critérios definidos pela norma fundamental (LIMA JÚNIOR, 2010).

Não se pode olvidar analisar a teoria de interpretação de Kelsen sob o prisma do conceito de moldura, que consiste na delimitação de significados possíveis que a norma poderia ter para, após, escolher aquele que melhor se adéqüe ao caso concreto.

A partir dessa concepção evidencia-se o entendimento que Kelsen defendia como a completude do ordenamento jurídico, por entender que o processo de criação, de interpretação e de aplicação das leis era algo endógeno, ou seja, deveria ser feito respeitando sempre a linha hierárquica das leis, até o ápice do ordenamento jurídico que seria a norma hipotética fundamental, a qual deveria irradiar todos os sentidos para as normas inferiores.

A teoria de Savigny se contrapõe a de Kelsen também nesse ponto, uma vez que, para o filósofo alemão, o aplicador do direito teria uma liberdade mais ampla no processo de definição do significado das normas graças à adoção do método sistêmico, que reconhece a interferência dos aspectos externos no processo de compreensão da norma, o que terminaria por ampliar o espectro interpretativo de uma norma.

Contudo, conforme apresentado no item 4.4, o pensamento de Kelsen, assim como o de Savigny, passou por uma alteração ao longo do tempo, mais especificamente com a edição de 1960 da Teoria Pura do Direito, quando o jurista vienense flexibilizou seu conceito de moldura, pois passou a aceitar que a escolha do sentido da norma pudesse considerar outro além daqueles delimitados inicialmente na moldura.

Outra constatação que se pode chegar a partir da leitura das propostas hermenêuticas de Kelsen e de Savigny é que ambos convergiram no que se refere à necessidade de um elemento unificador, um princípio a partir do qual todas as normas inferiores deveriam se pautar. No caso de Kelsen foi a norma hipotética fundamental e, no caso de Savigny, foi o espírito do povo. Esse elemento, segundo Reis, “impede o operador de criar o direito, limitando-se a descrever o preceito jurídico de maneira supostamente neutra”. (REIS, 2002, p. 16)

CONCLUSÃO

A conclusão a qual se pretende chegar com o presente trabalho não tem o condão de exaurir o assunto, até por que, pela vasta bibliografia que se pôde localizar sobre a matéria, de forma geral, a hermenêutica pode ser analisada sob o prisma de diferentes filósofos, juristas e demais doutrinadores, além de poder ser abordada pelas mais variadas vertentes e com base nas várias escolas teóricas pelas quais se desenvolveu o pensamento hermenêutico ao longo dos séculos.

De forma individualizada, é possível se destacar, no que se refere ao pensamento de Friedrich Karl von Savigny, que a escola histórica do direito, do qual foi expoente, serviu de base para a transição entre o direito natural e o direito positivo, a medida em que propôs a valorização das manifestações espontâneas da sociedade no processo de criação e interpretação do direito, tal como a língua, o costume e a religião.

Ainda no que tange a Savigny, verificamos os dois momentos de seu pensamento, o primeiro deles, quando considerava que a interpretação carecia somente da utilização do método gramatical, uma vez que na lei seriam localizadas todas as soluções para os conflitos. Caberia, portanto, ao processo interpretativo, se extrair da norma a vontade do legislador, utilizando-se da técnica de se colocar no seu lugar para reconstruir seu pensamento; e o segundo, quando passou a considerar que a norma seria o produto da comum convicção jurídica do povo, ou seja, as atividades empreendidas pela sociedade serviriam de origem e de fundamentação para criação das normas.

Por seu caráter sistêmico, a teoria da interpretação de Savigny acreditava que a interferência de fatores externos à ciência do direito serviria para ampliar as possibilidades semânticas ao texto normativo, o que era estimulado por enriquecer o processo interpretativo.

No que concerne à Hans Kelsen, depreende-se que a sua teoria interpretativa foi tomando vulto com o passar do tempo e ao longo das edições da

teoria pura do direito, o que culminou, na edição de 1964, com a existência de um capítulo inteiro dedicado ao assunto.

Conforme destacado ao longo do trabalho, a intenção de Kelsen era a de purificar a ciência do direito, afastando todo o tipo de interferência externa, quer fosse ela social, política, moral, dentre outras. Pretendia, portanto, “uma disciplina com método próprio, separada da sociologia, psicologia e outras ciências independentes, que possuem métodos próprios” (SIMON, 2006, p. 80). Não caberia, nessa concepção, um juízo de valor quanto se há justiça ou não na norma criada. Ao revés, Kelsen reconhecia que o direito era um produto político, sendo, portanto, inócua uma discussão a respeito da sua pureza.

Ao longo da teoria interpretativa de Kelsen, foi desenvolvido o conceito de moldura interpretativa, que seria uma delimitação à qual a interpretação das normas estaria adstrita, de forma a preservar a pureza da ciência jurídica, proporcionando, também, a segurança interpretativa da norma.

Ficou demonstrado que esse conceito sofreu flexibilização ao longo do tempo, ao ponto em que Kelsen passou a considerar a possibilidade de que a moldura fosse de certa forma elástica e pudesse abarcar outros sentidos que não aqueles que haviam sido previamente delimitados pelos cientistas do direito.

Em que pese o fato de a sua teoria ter recebido inúmeras críticas, o pensamento kelseniano demonstrou vanguarda em alguns conceitos e que ainda se mostram aplicáveis ao direito mesmo nos dias atuais. Além disso, teve a grandeza de se mostrar flexível para que, ao longo do tempo, pudesse se adaptar às novas conjunturas.

Por fim, antes de se mostrar conclusivo, o presente trabalho tem o ambicioso objetivo de sugerir, por meio de um desdobramento mais aprofundado do estudo hermenêutico, a construção de um pensamento que seja capaz de valorizar o desenvolvimento de um pensamento do direito de caráter mais livre e autônomo.

REFERÊNCIAS

ASENSI, Felipe Dutra. *Uma análise sobre os limites da hermenêutica jurídica em Hans Kelsen*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, no 170. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1143> Acesso em: 16 mar. 2010.

BETIOLI, Antônio Bento. *Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional*. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. 421 f. Tese de doutoramento em direito – Curso de Doutorado: Faculdade de Direito, Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2008.

COSTA, Alexandre Araújo. *O positivismo jurídico segundo Karl Olivecrona*. Disponível em: < <http://www.arcos.org.br/artigos/law-as-fact-o-positivismo-juridico-segundo-karl-olivecrona> >. Acesso em: 18 abr. 2011.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Hermenêutica constitucional: entre Savigny e o neoconstitucionalismo*. Disponível em:< <http://works.bepress.com/pfc/55/> >. Acesso em: 17 ago. 2010.

FALCÃO, Raimundo Bezerra Falcão. *Hermenêutica*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

FERNANDEZ, Atahualpa. *Argumentação jurídica e hermenêutica*. São Paulo: Imprensa Jurídica, 2009.

FERRAZ JÚNIOR., Tercio Sampaio. *A Ciência do direito*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FILHO, José Carlos Moreira da Silva; ALMEIDA, Lara Oleques de; ORIGUELLA, Daniela. Ensino do direito e hermenêutica jurídica: entre a abordagem metodológica e a viragem lingüística. In: *Estudos jurídicos - revista da universidade de ciências jurídicas da universidade do Vale do Rio dos Sinos*, v. 37, nº 101, p. 5-28, set./dez., 2004.

ISAIA, Cristiano Becker. *Os obstáculos à atividade criadora dos juízes: uma análise hermenêutica*. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=299>. Acesso em 14 abr. 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LIMA, Carlos Eduardo de Araújo. *Permanência e Mutabilidade em Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. *Sobre o conceito de norma jurídica: um diálogo com Friedrich Müller para uma teoria estruturante do Direito*. Disponível em: <<http://www.jus.uol.com.br/revista/texto/15013/sobre-o-conceito-de-norma-juridica>>. Acesso em 15 mar. 2011.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica jurídica clássica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos*. 2. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PONTES, Kassius Diniz da Silva; CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão; KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *O raciocínio jurídico na filosofia contemporânea*. São Paulo: Carthago Editorial, 2002.

REIS, Isaac. Interpretação na Teoria Pura do Direito. *Revista Sequência*, Santa Catarina, n. 45, p. 11-30, dez. 2002.

RICOEUR, Paul. *Teoria da Interpretação*. 1ª. Ed. Lisboa: Edições 70, 2009.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A teoria da interpretação em Hans Kelsen. In: *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v. 64, p. 39-88, jul./set., 2009.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *De la vocacion de nuestro siglo para a legislacion y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Heliasta, 1977.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica*. Campinas, SP: Edicamp, 2001.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E., *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. 7. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

SGARBI, Adrian. *Hans Kelsen: ensaios introdutórios (2001-2005)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 1.

SIMON, Henrique Smidt. *Direito, hermenêutica e filosofia da linguagem: o problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart*. 1. Ed. Belo Horizonte, MG: Argvmentvm, 2006, p. 79-139.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

UMA análise epistemológica da teoria pura do direito de Hans Kelsen. *Revista CEJ*, Brasília, n. 33, p. 72-77, abr./jun. 2006.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.